

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
EFFETS A L'ÉGARD DU MARI

DES ACTES DE LA FEMME COMMERÇANTE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le lundi 22 janvier 1900, à 2 h. 1/2

PAR

GASTON HAAS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. CH. LYON-CAEN.

*Suffragants : { MM. BOISTEL, } professeurs.
 DESCHAMPS, }*

PARIS

Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux théories émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
EFFETS A L'ÉGARD DU MARI

DES ACTES DE LA FEMME COMMERÇANTE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le lundi 22 janvier 1900, à 2 h. 1/2

PAR

GASTON HAAS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. CH. LYON-CAEN.

*Suffragants : { MM. BOISTEL,
DESCHAMPS, } professeurs.*



PARIS

Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900

A MON ONCLE ET A MA TANTE

Témoignage de reconnaissance et de filiale affection.

DES
EFFETS A L'ÉGARD DU MARI
DES ACTES DE LA FEMME COMMERÇANTE

INTRODUCTION

Le législateur de 1804, dans le titre du Code civil consacré au mariage, a imposé aux époux des devoirs différents et leur a réparti des droits inégaux ; en leur attribuant dans cette association qu'est le mariage des rôles distincts, surtout en soumettant la femme à l'autorité maritale, il pensait adapter la loi à la réalité des choses ; car c'était à cette époque une opinion généralement admise que la diversité de nature de l'homme et de la femme les destine à une condition juridique dissemblable. Battue en brèche par les moralistes, repoussée par tous les esprits qui ont pénétré la conception moderne des rapports sociaux et de famille, l'idée de l'infériorité de la femme au point de vue légal a perdu peu à peu au cours de ce siècle toute son autorité. Si la situation de l'homme reste encore nettement supérieure, les partisans du féminisme comptent déjà bien des victoires. Aussi deviennent-ils de plus en plus pressants,

et réclament-ils du législateur des réformes émancipatrices de plus en plus décisives.

Sans nous opposer à leurs revendications généreuses, que l'évolution économique et sociale a rendu légitimes, nous voudrions montrer que le mari paye quelquefois un très haut prix la faveur de la loi et qu'en conséquence on ne peut pas toujours en bonne justice le dépouiller purement et simplement de ses droits, que souvent ce serait rétablir au profit de la femme l'inégalité qu'on prétend détruire ; nous voudrions montrer qu'aux changements apportés dans la condition juridique de la femme, doivent correspondre des modifications dans la situation du mari et faire ressortir ainsi la complexité et la gravité des réformes qui sont ou pourront être soumises au législateur. C'est dans cette idée que nous traiterons la question particulière qui sera l'objet de cette étude.

La réforme la plus importante sur laquelle le législateur devra bientôt se prononcer définitivement, est celle qui touche aux droits de la femme mariée sur les produits de son travail. Si la loi qui la réalisera est rendue avec le caractère général qui convient à une législation démocratique, la femme mariée, marchande publique, se verra habilitée à percevoir les gains tirés de son commerce, à les administrer et à en disposer sans contrôle marital, même si elle est commune en biens, contrairement à ce qui a lieu dans le droit actuel où le mari recueille ces gains, les administre, en jouit durant le ma-

riage, les acquiert pour partie lors du partage de la communauté.

Mais lorsque tous ces avantages auront été enlevés au mari, laissera-t-on peser sur lui les charges dont le Code l'avait grevé par compensation ? Si, en effet, les bénéfices commerciaux de la femme sont acquêts de communauté dans le régime légal du mariage, si à ce titre ils sont dans la main du mari, celui-ci en revanche est exposé à payer les dettes nées du négoce de la femme. Les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, en tant qu'ils obligent le mari par les actes de la femme marchande publique, s'il y a communauté, font contre-poids aux articles 1401-2° et 1421 du Code civil qui rendent le mari bénéficiaire des gains commerciaux de la femme en même temps que seigneur et maître de la communauté.

Détruira-t-on en faveur de la femme cet équilibre, sans prendre souci du fardeau sous lequel le mari resterait plié ? En examinant les effets de la formule des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, qui édicte la coobligation du mari et de la communauté aux engagements de la femme commerçante, nous nous proposons de mettre en lumière qu'on ne le saurait décider sans une injustice criante à l'égard du mari. Mais comme nous sommes convaincu que le mouvement universel qui porte les pouvoirs législatifs à relever la condition juridique des femmes tend vers un progrès moral et social, nous ne tenterons pas de l'arrêter sur ce point en lui opposant comme une barrière infranchis-

sable, l'intérêt personnel du mari. Nous chercherons au contraire à prouver qu'entre les droits et devoirs anciens du mari d'une part, et les droits nouveaux de la femme, d'autre part, une harmonie nouvelle, mieux en accord avec l'équité, peut être établie, sans qu'on porte atteinte à aucun intérêt respectable, sans que surtout on ébranle dans son fondement notre régime matrimonial de droit commun, si conforme aux mœurs et aux sentiments français. Tel sera le but de notre examen des effets, à l'égard du mari, des actes de la femme commerçante.

Pour y atteindre, nous commencerons par expliquer et apprécier la valeur intrinsèque de la disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce qui oblige le mari commun par les engagements commerciaux de la femme, en nous plaçant tour à tour au point de vue moral et au point de vue juridique. Nous poursuivrons ensuite les données de cette appréciation dans la doctrine et la jurisprudence. Lorsque nous les aurons réunies, nous constaterons que ni l'équité, ni le droit, ni les besoins de la pratique n'écartent *a priori* toute théorie, qui réglerait différemment les effets, à l'égard du mari, des actes de la femme commerçante. Remarquant alors que certaines législations étrangères ont mieux adapté leur décision sur ce point aux conditions économiques et sociales de la vie moderne, nous mettrons en lumière qu'une réforme des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce est désirable et possible.

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE ET HISTORIQUE DE LA DISPOSITION DES ARTICLES 220 DU CODE CIVIL ET 5 DU CODE DE COMMERCE QUI OBLIGE LE MARI PAR LES ACTES DE LA FEMME COMMERÇANTE.

Dès les temps les plus reculés de notre histoire la femme a été mêlée à la vie commerciale ; par la force même des choses elle s'est approprié l'exercice de certains métiers. Par suite, de très bonne heure, la situation de la femme mariée faisant un négoce distinct et séparé de celui du mari a attiré l'attention des jurisconsultes. En effet, l'antagonisme entre la dépendance de la femme à l'égard du mari dans la société primitive et la liberté d'action indispensable pour traiter les affaires commerciales est frappant. Nos plus anciens légistes n'ont pas hésité ; ils ont compris la nécessité d'affranchir la femme mariée, qui fait le commerce, de toute entrave pouvant provenir de la puissance maritale. Nous en avons une preuve certaine dans le chapitre 45 des *Établissements* de Saint-Louis : « Nul fame n'a réponse en cour laie, puisqu'ele a seigneur, si ce n'est du fat de son corps. Mais qui l'aurait batue, ou dit folie ou autre deloïauté, en tele manière ele a réponse sans son seigneur, ou si ele était marchande, elle aurait bien la

réponse des choses qu'elle aurait baillées de sa marchandise, autrement non. »

Dans les pays de droit écrit, cette doctrine ne pouvait même pas être mise en question, puisque la femme s'y obligeait valablement sans autorisation de son mari. Elle fut partout admise dans les pays coutumiers et sanctionnée par la jurisprudence des parlements : « *Negotiatrix mulier, vinculis cogitur æs alienum exsolvere, licet in sacris mariti constituta sit* (1) ». Ainsi au début de notre droit la femme mariée est *utilitatis causa* reconnue habile à contracter seule des engagements commerciaux.

Mais après avoir incliné le principe de l'autorité maritale devant les besoins de la pratique, les légistes durent achever leur œuvre et fixer les effets des actes ainsi passés par la femme. Leur première tendance les porta sans doute vers l'application du droit commun qui eût chargé les biens personnels de la femme de tout le poids de telles obligations et mis à l'abri les biens de la communauté et du mari. Cette solution logique fut écartée par des motifs d'équité et des raisons utilitaires. On remarqua, en effet, que le mari aurait cet avantage immoral d'accepter ou de repousser à son gré les résultats du commerce de la femme : heureux, il arguerait de sa puissance pour en bénéficier ; malheureux, il invoquerait cette même puissance et pour conserver les avanta-

(1) Choppin, liv. II, *de morib.*, Paris, tit. I, num. 9, cité par Brodeau sur Louet, F., p. 665.

ges acquis, et pour refuser de subir les revers présents. On comprit aussi que c'était accorder à la femme une liberté illusoire que de lui permettre de s'engager sans pouvoir offrir à ses créanciers un actif sérieux pour les garantir. A quel crédit prétendre avec ses ressources personnelles ? et sans crédit, pas de commerce possible.

Pour remédier à ces deux inconvénients il fallait donc trouver un système qui, tout en respectant le droit de puissance du mari, justifiât la participation de celui-ci aux profits commerciaux de sa femme et assurât à cette dernière le crédit nécessaire. Les éléments de ce système étaient imposés par la situation ; d'une part, exiger que la femme ne pût faire le commerce sans l'autorisation de son mari, d'autre part, obliger le mari par les actes commerciaux de sa femme, mais seulement dans l'hypothèse d'une communauté de biens.

Telle fut la genèse exotérique de cette exception au droit commun inscrite dans l'article 234 de la Coutume de Paris : « Une femme mariée ne se peut obliger, sans le consentement de son mari, si elle n'est séparée par effet, ou marchande publique ; auquel cas, étant marchande publique elle s'oblige et son mari, touchant le fait et dépendances de la dite marchandise publique. » On trouve la même décision dans la Coutume d'Orléans, article 196 ; dans celle de Melun, article 213 ; dans celle du Nivernais, *Des droits appartenant à gens mariés*, article 1^{er} ; dans celle de Poitou, article 227 ; d'Auxerre, article 207 ; de Touraine, article 232 ; de Laon, article 19 ; de Reims, article 13 ; de Blois, article 3 ; de

Bourgogne, article 22 et I^{er} titre *Des marchands publics*, dans celle d'Anjou, article 510. Il est intéressant de citer l'article 448 de la Coutume de Bretagne qui met en relief, que dans l'hypothèse, les époux sont communs en biens : « Et si le mari la souffrait marchander, le contrat qu'elle ferait de la négociation et entremise de la dite marchandise serait bon et valable, et en doit son mari répondre, et serait la dette exécutée sur les biens communs du mariage. » L'adage populaire, rapporté par Brodeau : « le tablier de la femme oblige le mari » est devenu la Coutume.

Pour l'interpréter et en faire une juste application, les jurisconsultes recherchèrent un fondement juridique. Tout d'abord, ils furent frappés de la similitude d'état de la femme mariée commune et des personnes *alieni juris* en droit romain. Cette observation les conduit à rattacher l'obligation du mari à celle dont était tenu par les actions *quod jussu, exercitoria et institoria* le père ou le maître (1). Et ce rapprochement leur suggère que les créanciers de la femme suivent moins sa foi que celle du mari qui « souffre sa femme commerçante pouvant l'empêcher ». A leurs yeux le mari est censé contracter par l'entremise de la femme : « *Ratio est, quia ex quod maritus hoc permittit mulieri, videtur tacite contractui* (2). »

(1) Toubeau, *Inst. consulaires*.

(2) Un commentateur de la coutume de Bretagne rapporté par Brodeau sur Louet, F.

Ce principe admis, on en aurait dû déduire que la femme même « faisant marchandise séparée et autre que celle de son mari » n'est jamais que « procuratrice, factrice ou commise » et qu'en cette qualité elle oblige son mari sans s'obliger personnellement. On n'eut pas d'hésitation pour rejeter cette conséquence extrême et les termes formels de l'article 235 en fournissent la preuve. Mais sous l'influence du principe, on conserva dans la doctrine une tendance à entendre largement la formule « touchant le fait et dépendances de la dite marchandise » (art. 236) afin d'assurer le plus fréquemment possible aux créanciers de la femme un recours contre le mari. Coquille, en effet, critique la Coutume de Paris qui lui paraît limiter étroitement le cas où le mari se verra obligé. Dans sa Question 103, il estime que « si le mary est receveur de rente ou d'aucun seigneur et fermier et acenseur, est seigneur de grands biens dont il fait la recepte par ses mains ; ou a en sa propriété aucuns domaines aux champs qu'il exerce, non seulement par le labourage, mais aussi par nourriture et amendement de bétail pour le vendre, ou a accoustume de faire achats et amas de bleds, vins et autres denrées, qu'il achepste par le menu et revend en gros, comme à fourniture ou à tonneau ou à muids et telles autres negociations ou mesnagements et que à son sçu et patience la femme s'entremet de faire la recepte, escrire en son journal, bailler quittances, compter avec ceux qui doivent, achepter bétail pour l'exercice des domaines ou par la

négociation; acheter bled, vin et autres espèces et faire les reventes ou y assister » il estime, disons-nous, que « le mari est tenu *utili actione institoria* de la négociation et autres actes faits par icelle ». Dans le même esprit de rigueur à l'égard du mari, Ferrière note qu'une marchande publique qui a fait un billet par lequel elle reconnaît devoir une somme d'argent à elle prêtée, est réputée avoir fait cet emprunt pour son négoce et qu'elle oblige son mari par cette promesse. De même Valin (1) relève que l'obligation non causée contractée par la femme marchande publique réfléchira contre le mari si « d'un côté il n'y a pas de soupçon raisonnable à former contre le créancier et que, de l'autre, la femme ait paru se comporter sagement et prudemment ». Il remarque aussi (2) que le mari est civilement responsable « des prévarications et délits commis par sa femme marchande publique dans l'exercice de son commerce, ce qui est une exception considérable à cette règle générale que la femme par son délit ne peut préjudicier au mari ni à la communauté ». Enfin Pothier, après Lebrun, range parmi les contrats pour lesquels la femme marchande publique n'a pas besoin d'autorisation spéciale et qui peuvent cependant être exécutés sur le mari, celui qu'une femme constituée prisonnière pour fait de son commerce passerait avec le créancier qui la retient en prison, pour en sortir.

(1) *Commentaire de la coutume de la Rochelle*, art. XXIII, p. 555.

(2) *Loco citato*, n° 116.

Entrés dans cette voie, il est naturel que les auteurs aient décidé que le mari obligé par les actes de commerce de sa femme est tenu au même titre qu'elle l'est elle-même. Coquille indique bien la source de cette opinion : « Il (le mari) est tenu non seulement jusqu'à la concurrence de la valeur de la négociation que la femme a maniée, mais simplement... ce qui se dit *ad instar* de ce qui est dit *in l. I. D. quod jussu*, car la patience vaut préposition et *jussion*. » Ferrière est du même avis lorsqu'il écrit que la femme marchande publique « oblige son mari de la même façon qu'elle l'est ». Bourjon est plus explicite encore : « Les engagements de la femme marchande publique réfléchissent pour le tout contre son mari lorsqu'il est en communauté avec elle (1). »

La conséquence la plus importante tirée par la pratique de ce caractère de l'obligation maritale, fut de soumettre le mari aux voies d'exécution contre la personne, à la contrainte par corps. Des arrêts du Parlement de Paris de l'an 1535 et du 1^{er} mars 1580 condamnent par corps des maris à l'acquittement des dettes contractées pour fait de commerce « encore qu'elles fussent contractées par les femmes seules et que leurs marys n'eussent point parlé dans les obligations » (2). Dans ce sens, un arrêt du même Parlement rendu le 22 février 1628 infirme une sentence du prévôt de Paris qui avait dé-

(1) Bourjon, *Droit commun de la France*, t. 1, p. 506.

(2) Toubeau, *Inst. consulaires*.

chargé le mari. Toutefois un tempérament était apporté en fait à cette sévérité. La contrainte ne pouvait être exercée contre le mari lorsque la femme la subissait. D'ailleurs Bourjon remarque avec raison que cette mesure est à l'avantage du créancier. Le mari jouissait encore de cette sécurité que les obligations passées par sa femme et les jugements rendus contre elle, ne valaient pas contre lui titre paré (1).

Des considérations rapportées plus haut et des décisions de jurisprudence citées, il semble résulter que l'obligation du mari aux dettes commerciales de sa femme était généralement considérée comme une obligation personnelle. Pourtant Bourjon rapporte un « usage constant du Châtelet » qui va à l'encontre de cette thèse. On y jugeait qu'après la dissolution de la communauté, les engagements pris par la femme à l'occasion de son commerce ne « militaient plus contre le mari que pour la moitié (2) ». Il paraissait dur d'imposer au mari la solidarité au moment où il cessait d'avoir en main « la masse de la communauté dont il est le chef ». Mais cette atténuation du recours des créanciers commerciaux de la femme contre le mari, admise par la pratique, n'éveilla pas l'idée d'une théorie générale plus favorable au mari : elle en contenait cependant les germes ; la doctrine moderne les a recueillis et développés.

En résumé dans notre ancien droit les créanciers

(1) Valin, *Commentaire de la Coutume de la Rochelle*, n° 118.

(2) Bourjon, *Droit commun de la France*, t. 1, p. 506.

d'une femme mariée commune, marchande publique, avaient pour gage de leur créance commerciale les biens personnels de la femme, ainsi que les biens communs et les propres du mari, et pour poursuivre l'exécution des engagements pris à leur égard par la femme ils étaient, du moins durant la communauté, aussi bien armés contre le mari que contre la femme elle-même. Et la coutume était si fortement établie que, dans l'ordonnance de 1673, il ne fut inséré aucune disposition sur la femme marchande publique.

Tel était l'état de la législation sur cette matière lorsque le Conseil d'État fut en 1806 appelé à fixer sur ce point la législation nouvelle. Dans le projet de Code de commerce qui lui fut soumis par le ministre, la législation ancienne avait été reproduite dans cette formule de l'article 35, titre III des Sociétés : « Le mari dont la femme fait notoirement le commerce est responsable des engagements qu'elle contracte pour les faits de son commerce, si elle n'est séparée de biens avec lui et si la séparation n'a été enregistrée, publiée et affichée..... » Mieux pénétrés du principe qui avait dominé jusque-là la législation sur ce point, les membres de la section de l'intérieur proposèrent sous l'article 4 (1) une rédaction, qui respectueuse de l'autorité du mari et rigoureuse pour lui eût permis à la jurisprudence d'unifier ses décisions : « Sont également habiles à faire le commerce et à s'engager, les femmes mariées et communes en biens

(1) Correspondant aux articles 4 et 5 du Code.

lorsque le mari a donné son autorisation et qu'elle a été enregistrée et affichée... Dans ce cas, le mari est responsable solidairement des engagements que sa femme contracte. » Mais lorsque ces deux projets d'article vinrent en discussion dans la séance du 25 novembre 1806, on préféra d'abord la rédaction du ministre, sur cette remarque que les formalités réclamées pour que la femme fût réputée marchande publique constituaient une innovation inutile et dangereuse : inutile, car la justice demande seulement que le mari ne soit pas engagé à son insu ; or il est impossible, observa M. Bérenger, que, si la femme fait notoirement le commerce, le mari n'en soit pas instruit ; dangereuse, car « elle ménagerait au mari de mauvaise foi la ressource d'un désaveu tardif pour échapper à des engagements que cependant il aurait tacitement autorisé sa femme à contracter (1) ». Ensuite on rejeta également la rédaction du ministre. M. Regnaud l'avait critiquée en objectant que la femme peut faire notoirement le commerce « mais pourtant à l'insu du mari » et avait attiré l'attention sur l'article 220 du Code civil en montrant que les mots « si elle est marchande publique » rendaient toutes les idées pour lesquelles on cherchait des expressions.

Ce rapprochement de textes ayant été effectué, la pensée vint au législateur commercial qu'il était en quelque manière lié par le Code civil, quant à la détermination

(1) Loqué, *Procès-verbaux du Conseil d'Etat*.

des effets des obligations contractées par la femme marchande publique, et en présence de cette considération il lui parut sage, pour éviter tout conflit, de reproduire sous l'article 5 du Code de commerce les termes de l'article 220 du Code civil. Il n'aurait pu, en effet, ni modifier cet article, ni l'abroger : il l'adoptait. C'est pourquoi l'article 5 du Code de commerce n'est qu'une reproduction littérale de l'article 220 du Code civil. Il est ainsi conçu : « La femme si elle est marchande publique peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce ; et au dit cas elle oblige son mari, s'il y a communauté entre eux. » Cet article se rapproche sensiblement par sa teneur de l'article 234 de la Coutume de Paris. Aussi le législateur ne paraît pas avoir, à vrai dire, résolu en toute connaissance de cause la question de l'obligation du mari aux dettes commerciales de la femme. Il a plutôt consacré l'état de choses existant.

CHAPITRE II

DES MOTIFS DE LA LOI. — ILS NE SONT PAS PÉREMPTOIRES.

La valeur d'une disposition de loi est en corrélation avec la nécessité plus ou moins impérieuse des motifs qui la justifient. C'est pareux qu'il la faut tout d'abord éprouver : l'essai de leur solidité, en effet, révèle sa force et son mérite intrinsèque ou bien découvre sa faiblesse, tantôt mettant à nu un germe de mort, tantôt marquant la place des réformes futures. Examinons donc avec cette idée directrice, les raisons qui ont conduit d'abord les jurisconsultes rédacteurs des Coutumes, et plus tard le législateur de 1807 à édicter l'obligation du mari, commun en biens, aux dettes de la femme commerçante.

Dans l'exposé historique du chapitre précédent on a vu que le législateur de 1807 avait pour ainsi dire donné force de loi aux anciennes Coutumes. Ni les rapports sur le Projet de Code de commerce, ni les procès-verbaux des séances du Conseil d'État où les articles en furent discutés, ne nous apprennent qu'il ait été guidé par d'autres considérations que les auteurs coutumiers. Ceux-ci, nous l'avons rappelé, ont été émus de l'abus que le mari pourrait faire de sa puissance pour soustraire aux

créanciers commerciaux de sa femme la partie de leur gage représentée par les bénéfices acquis antérieurement à la déconfiture, et ils ont estimé que ce serait justice d'imposer au mari qui jouit des profits du commerce une participation dans les pertes.

Résumant leur pensée, Molinier (1) s'exprime ainsi : « Tout ce que la femme acquiert pendant le mariage tombe dans la communauté (art. 1401, C. civ.) dont le mari est l'administrateur et le maître (art. 1421, C. civ.). Il est dès lors juste que le chef de l'association conjugale, qui perçoit les émoluments du commerce en supporte les dettes ». Pardessus (2) parle de même, mais en notant la réflexion de l'obligation du mari sur la communauté. « Les engagements commerciaux de la femme obligent son mari lorsqu'elle est commune ; il est alors réputé son associé ou du moins sa caution solidaire. Le commerce ne se composant que de choses mobilières et le mobilier qu'une femme acquiert par son industrie, pendant le mariage, tombant dans la communauté dont le mari est le maître, la communauté doit supporter les suites des engagements commerciaux qu'elle contracte dans les limites de ses droits. » Et avec plus de commentaires, M. Bédarride (3) expose que : « Dans la même hypothèse (communauté) la femme n'est pas seule obligée directement, elle engage aussi solidairement son

(1) *Droit commercial*, t. I, *Régime de communauté*, p. 158.

(2) *Cours de droit commercial*, t. I, p. 91.

(3) *Des commerçants*, p. 157.

mari qui l'a autorisée à faire le commerce. Pendant toute la durée du mariage, celui-ci ne laisse pas que d'être chef et maître de la communauté. Il en retire les revenus et peut même en aliéner l'actif. Or, comme c'est dans cet actif que viennent se fondre les produits du commerce de la femme, il participe évidemment aux bénéfices dont il est la source. Il doit donc par une juste réciprocité être tenu des dettes. La disposition des articles 220 du Code Napoléon et 5 du Code de commerce puise donc son fondement dans une règle d'équité et de morale. On ne saurait permettre au mari de s'enrichir au détriment des créanciers commerciaux de la femme. Il était même indispensable de le décider ainsi pour empêcher une fraude trop facile pour ne pas être dangereuse. Bientôt, en effet, par une collusion coupable, l'actif commercial de la femme eût été successivement réalisé par elle, absorbé par le mari et la faillite se réalisant, les créanciers se seraient trouvés en présence d'un déficit que l'immunité accordée au mari n'aurait pas permis de combler ou de diminuer. C'est là le résultat que le législateur a entendu surtout condamner. »

Probablement aussi et plusieurs auteurs l'ont remarqué, le législateur a eu encore le désir, en augmentant les garanties des créanciers de la femme commerçante, d'assurer à celle-ci le crédit le plus large possible. De sorte qu'en chargeant le mari et la communauté de faire face aux engagements commerciaux de la femme, il a visé un triple but : satisfaire l'équité en appliquant au

mari l'adage *ubi emolumentum, ibi onus* ; protéger les intérêts pécuniaires des créanciers contre une entente frauduleuse du mari et de la femme ; faciliter à cette dernière les moyens d'employer utilement son activité.

Et l'on doit reconnaître que le législateur avait bien dégagé les causes qui devaient le déterminer dans son choix d'une règle fixant, à l'égard du mari, les effets des obligations contractées par une femme commerçante. Elles conduisent à une solution en apparence très satisfaisante pour tous les intéressés. La femme commerçante trouve dans son mari une caution légale qui affermit son crédit sur le marché de ses affaires. Ceux qui traitent avec elle ont l'esprit libre de toute inquiétude à l'égard de sa solvabilité personnelle et des pièges qui, sous cet appas, pourraient être tendus à leur confiance : ils savent que tous les biens de la femme, du mari et de la communauté constituent leur gage et qu'aucun d'eux ne saurait, sous une étiquette conventionnelle, être soustrait à leurs poursuites. Enfin le mari ne voit jamais engager sa responsabilité sans son aveu, et il ne peut, en tout état de cause, se plaindre de supporter les mauvaises conséquences d'une situation dont, par ailleurs, il recueille les avantages.

C'étaient d'ailleurs les résultats pratiques auxquels tendaient les usages des négociants, qui ont été recueillis d'abord par les jurisconsultes dont l'autorité fixait, dans notre ancien droit, la Coutume et plus tard par le

législateur de 1807. Ils ont inspiré la formule de l'article 234 de la Coutume de Paris, reproduite dans les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, en ces termes : « et audit cas (si la femme est marchande publique), elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux. »

Cette formule a suffi aux besoins de plusieurs générations et a mérité l'approbation de jurisconsultes éminents. On ne saurait mieux la faire estimer son juste prix qu'en constatant cette double consécration reçue du temps et des maîtres. Mais après avoir pleinement rendu hommage à sa valeur, il est permis de se demander si elle est l'expression nécessaire des idées qu'on a cru réaliser par elle ; on peut rechercher si elle est adéquate aux pensées d'équité et d'utilité sociale qui l'ont dictée ; on peut examiner si par sa connexion étroite avec les justes et graves raisons qui l'ont imposée elle exclut *a priori* toute possibilité de réforme et de progrès. Car à supposer, au contraire, que cet examen révèle quelque discordance, nous en pourrions déduire que nous ne sommes pas en présence d'un état de choses intangible ; et si, encouragés par cette première indication, nous découvrons que, ni en droit ni en fait, l'application de la formule ne respecte tout à fait les motifs qui l'expliquent, nous serons amené à conclure que l'obligation du mari et de la communauté aux dettes commerciales de la femme n'est pas, pour les motifs invoqués, une nécessité juridique.

La base la plus solide sur laquelle on a cru pouvoir appuyer la disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce est cette règle d'équité qui commande une égale distribution des droits et des charges, des bénéfices et des pertes. Dans le système de la communauté légale le mari, seul administrateur de la communauté, peut disposer de tous les biens mobiliers ayant appartenu à l'un ou à l'autre des époux avant le mariage, ou acquis par eux depuis la célébration du mariage. Les bénéfices qu'une femme commerçante peut réaliser sont des biens de cette nature. Alors donc que la femme seule travaille, qu'elle enrichit la communauté par son industrie, le mari, qui ne participe ni aux fatigues ni aux soins des affaires, peut employer à sa guise les ressources qui en proviennent, et soit qu'il les affecte aux besoins du ménage, soit qu'il les détourne de leur but pour ses plaisirs personnels, il est le premier à en tirer avantage, à en jouir. Ne fallait-il pas en bonne justice, atténuer par une charge compensatrice le scandale de ce privilège ? C'est ce que le législateur aurait voulu en imposant au mari le paiement des dettes commerciales de sa femme.

Mais son intention de justice n'est pas pleinement satisfaite par le tempérament qu'il a choisi. Tout d'abord, dans un cas, il engendre une véritable injustice ou tout au moins reste sans effet. On discute la question de savoir si, soit au cas d'impossibilité matérielle ou juridique pour le mari d'autoriser sa femme à devenir

marchande publique, soit au cas de refus injustifié, une décision du tribunal pourrait suppléer l'autorisation maritale. Pour la négative on invoque l'obligation qui grève le mari de la femme commerçante, et l'on admet que son consentement est une condition *sine qua non*. L'on est ainsi amené à priver la femme de l'exercice d'un droit primordial et naturel; du droit au travail. Dans l'affirmative on évite cette conséquence, mais on consacre par le retour au droit commun l'iniquité que précisément la disposition de l'article 5 du Code de commerce prétend détruire. Sous aucun régime matrimonial les actes accomplis par la femme en vertu d'une autorisation de justice n'obligent le mari (articles 1409-2° et 1426, C. civ.). Dans cette hypothèse donc le mari échappe à toute responsabilité du chef des engagements commerciaux de sa femme, tout en conservant son droit aux bénéfices qu'ils produisent. En consacrant cette solution, la jurisprudence a découvert cette lacune de la loi, qui trahit la pensée d'équité et de morale sur laquelle celle-ci est fondée. Et ainsi elle laisse entrevoir l'imperfection d'une loi qui n'englobe pas la totalité des cas.

En outre, dans son application même, elle ne règle pas toutes les situations en conformité de la pure équité, comme l'exigeraient les motifs qui l'ont inspirée. Si, en effet, l'obligation du mari aux dettes commerciales de sa femme est corrélatrice à son droit aux bénéfices, il conviendrait que ses risques de pertes fussent toujours

proportionnels à ses chances de gains. Or si cette égalité de traitement a été prévue en droit, elle ne se réalise pas en fait. Car, que se passe-t-il en pratique ? A supposer que le commerce de la femme ait eu d'heureux résultats, la femme à la dissolution de la communauté acceptera la communauté et partagera par moitié avec le mari les profits commerciaux. Si au contraire son commerce a été désastreux, elle répudiera la communauté laissant, au cas probable de son insolvabilité, solder définitivement par le mari tout le passif qu'elle a créé. En sorte qu'on peut estimer en fait, qu'à la dissolution du mariage le mari ne percevra au maximum que la moitié des bénéfices, produits du commerce de sa femme dont il supportera par contre quelquefois les pertes pour le tout. Et ce résultat se produira, quelle que soit la solution que l'on donne sur la question de savoir si le mari est personnellement obligé à l'égard des créanciers commerciaux de la femme.

Durant la communauté la responsabilité illimitée du mari apparaît équitable puisqu'il a en mains les bénéfices commerciaux de sa femme. Pourtant la parité de situation dans la prospérité ou les revers n'est pas encore parfaite. A supposer, en effet, le cas le plus commun, le mari utilisera ces bénéfices pour parer aux charges du mariage ou les économisera : or dans l'un ou l'autre cas il n'en profite que pour la moitié. Si au contraire par ses opérations commerciales, la femme épuise ses propres ressources et celles de la communauté, elle peut encore

compromettre gravement le patrimoine du mari. En conséquence, celui-ci ne peut espérer une appropriation utile des bénéfices pour un chiffre supérieur à la moitié de leur valeur, tandis qu'il est menacé de subir les pertes dans une proportion plus élevée. Ainsi donc nous relevons encore un cas où l'application de la loi trompe le motif d'équité sur lequel elle repose.

Contre cette dernière constatation on objectera peut-être que les chances de gains et de pertes restent pour le mari théoriquement égales, puisque, ayant le pouvoir de disposer des biens de la communauté, il fera tel emploi qui lui conviendra de la totalité des bénéfices commerciaux de sa femme. Est-ce bien excuser la loi de manquer en quelque manière au principe d'équité, que d'invoquer l'un de ses effets les plus injustes ? Dans cette hypothèse, la femme ne voit-elle pas dissiper par un autre les fruits de son travail et ne va-t-elle pas peut-être se trouver exposée à payer de ses ressources personnelles quelque dette non liquidée au moment où le mari aura employé les fonds qui, provenant du commerce, auraient dû y être appliqués ? Ou bien encore, avec ce mari dissipateur ne sera-t-elle pas seule à faire face aux désastres qui, après une période heureuse, peuvent survenir ? Dans les deux cas, l'équité est blessée.

Mais, dira-t-on, cette critique passe au-dessus de ce cas particulier et atteint le droit commun lui-même. Il est de principe que, la communauté existante, le mari peut être poursuivi sur ses biens personnels à raison

de l'exécution des engagement pris par sa femme avec son autorisation (art. 1419, C. civ.). Or il est très facile d'imaginer que le recours du mari soit en fait illusoire. L'observation perd, semble-t-il, sa valeur si l'on remarque que l'obligation maritale est très différente, qu'elle résulte de l'article 1419 du Code civil ou de l'article 5 du Code de commerce. Dans le cas général de l'article 1419 du Code civil, le mari a donné à la femme son consentement pour un engagement déterminé ; il a donc pu en prévoir à son égard personnel les conséquences d'une façon très précise ou tout au moins dans une certaine limite. Au contraire le mari de la femme marchande publique a accordé à celle-ci une autorisation en vertu de laquelle elle pourra réaliser tous les actes nécessaires à l'exercice de sa profession ; le mari ne peut prévoir ni le nombre, ni l'importance des engagements qui réfléchiront contre lui. Dans la première situation, il agit en guide et en protecteur des intérêts de sa femme ; dans la seconde, au contraire, il fait en quelque sorte confiance à sa femme puisqu'il lui abandonne un pouvoir suffisant pour les ruiner tous deux. Le danger que court le mari de la femme commerçante est donc bien exceptionnel. Et il reste que les avantages possibles ne le compensent pas, comme l'équité l'exigerait.

Ainsi sous le régime de communauté, l'application de cette idée que le mari est tenu des dettes toutes les fois qu'il a pu percevoir les bénéfices commerciaux de la

femme, ne mène pas toujours à des solutions pleinement équitables. Donne-t-elle meilleure satisfaction lorsque les époux ont adopté un autre régime matrimonial ? La question présente un intérêt soit sous le régime sans communauté, soit sous le régime dotal avec constitution de dot frappant tous les biens présents et à venir. La règle *eum quem sequuntur commoda, eundem debent sequi incommoda*, fournit aux auteurs trois systèmes. Dans l'un, ils admettent que le mari gagne les bénéfices commerciaux de la femme à titre de fruits ou revenus et qu'il est corrélativement obligé aux dettes. Dans un autre, ils décident que les produits de l'industrie de la femme ne pouvant être considérés comme des fruits ou revenus au sens légal du mot, le mari doit être étranger aux dettes comme aux bénéfices. Dans le troisième, ils limitent l'obligation du mari à la valeur des bénéfices qu'il a perçus. On peut au point de vue de l'équité trouver à reprendre dans ces trois théories. La première enlève à la femme toute raison de s'exposer aux fatigues et aux soucis des affaires, ainsi qu'aux conséquences graves qui peuvent suivre sa qualité de commerçante : elle n'a aucun intérêt dans la prospérité puisque les gains appartiennent au mari, mais d'autre part elle court le risque de se ruiner puisqu'elle répond de ses dettes commerciales sur tous ses biens présents et à venir. La seconde est assurément la plus juste ; mais il faut noter que le mari perd l'administration et la jouissance des biens que sa femme engage dans son

commerce et cela sans aucun avantage compensateur, tant que les bénéfices réalisés par la femme ne sont pas capitalisés ; peut-être aussi ne le seront-ils que pour une valeur moindre que celle des sommes soustraites à la jouissance du mari ; peut-être même ne le seront-ils pas durant le mariage ? La troisième enfin est sujette à cette dernière critique et en outre tombe sous une autre plus grave. Les bénéfices perçus par le mari peuvent ne plus exister entre ses mains lorsque les créanciers commerciaux de la femme exerceront leur action contre lui. Il peut, par exemple, avoir employé ces bénéfices à payer à l'enfant commun la dot qu'il lui a constituée conjointement avec sa femme. En pareille hypothèse, il court le risque de l'insolvabilité de sa femme au moment de la dissolution du mariage, se trouvant ainsi exposé à supporter les dettes commerciales de celle-ci pour une somme supérieure à celle qu'il a effectivement perçue. En sorte que, quel que soit le parti qu'on prenne sur cette question controversée, il est sûr que soit à l'égard de la femme, soit à l'égard du mari les effets de la théorie admise ne respecteront pas toujours la pleine équité.

Et à l'appui de cette affirmation, on pourrait invoquer la thèse soutenue avec force par M. Laurent qui, reconnaissant dans l'article 5 du Code de commerce une disposition exceptionnelle et, dans les produits du travail de la femme des fruits ou revenus, se trouve dans la nécessité logique d'accepter cette conclusion inique :

« la femme étant marchande publique, tout ce qu'elle gagnera appartient au mari, si elle fait des dettes c'est pour son compte, le mari n'en est pas tenu » (1). Mais il suffit de rappeler cette thèse pour mettre en lumière l'imperfection de la loi qui a permis de la poser.

Ainsi donc, quand on envisage les conséquences de l'obligation maritale aux dettes de la femme marchande publique sous les régimes matrimoniaux où elle existe, on est amené à reconnaître que cette obligation telle qu'elle est édictée par les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce n'est pas imposée nécessairement par raison d'équité ; à ce point de vue une modification de la loi n'est pas impossible. Mais si on l'essayait ne tomberait-on pas dans la faute d'exposer les créanciers commerciaux de la femme à la fraude, très aisée, qui mettrait hors de leur atteinte les bénéfices réalisés par leur débitrice ? Il est certain que dans la législation du Code qui fait tomber dans la communauté les bénéfices commerciaux de la femme, l'obligation maritale est pour les créanciers de celle-ci la protection la plus simple en même temps que la plus complète et la plus sûre. Cependant le législateur aurait pu les secourir d'une façon efficace sans les couvrir d'une faveur. En effet, il leur concède son appui même lorsque la condition essentielle de la fraude redoutée manque, c'est-à-dire alors même que la femme n'a jamais réalisé de bé-

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, t. 23, n° 433,

néfices. Il aurait donc pu accorder aux créanciers de la femme une protection suffisante en limitant la responsabilité du mari au cas où la communauté aurait perçu quelques bénéfices. L'existence de ces bénéfices est un point de fait toujours facile à constater. Mais il y a plus : les créanciers de la femme ne doivent craindre la fraude que dans la mesure où elle leur enlève la ressource de saisir les bénéfices confondus dans les biens communs. Ils n'ont par conséquent droit qu'à une protection limitée à la valeur de ces bénéfices. C'est ce qu'ont reconnu les auteurs qui, sous le régime sans communauté, ne leur accordent contre le mari qu'un recours limité. Pour rendre cette solution pratiquement applicable, sous le régime de communauté, il suffirait que les époux pussent justifier valablement du profit tiré du commerce de la femme, par la communauté ; pour leur en procurer le moyen, une formalité serait à imaginer dont l'accomplissement établirait de façon certaine le fait de la confusion des bénéfices commerciaux avec les biens communs et leur valeur. Il est permis de penser que cette difficulté est surmontable.

On objectera sans doute que le législateur s'est, au contraire, abstenu en présence des inconvénients pratiques qui auraient le plus souvent empêché les époux de remplir les formalités nécessaires pour constater l'entrée des bénéfices commerciaux de la femme dans la masse commune. Notons d'abord qu'il nous suffit ici de constater la possibilité de l'existence de ces forma-

lités. Ajoutons que peu importe qu'un mari bénévole les néglige ; ce qui est utile, c'est qu'un mari prudent ne soit pas dans la nécessité d'imposer à sa femme, désireuse de devenir marchande publique, un refus formel de l'y autoriser par ce motif qu'il est dépourvu d'autre moyen de se garantir contre les conséquences de cette autorisation. Or, si gênant que soit l'accomplissement des formalités tendant à la constatation du profit que la communauté a tiré du commerce de la femme, le mari peut néanmoins y recourir pour la défense des intérêts communs dont il a la garde et celle de ses intérêts personnels. Disons enfin que si cette solution n'a pas satisfait le législateur, d'autres auraient pu être soumises à son examen. Ce n'est pas le lieu de les exposer ni de les discuter. Nous les invoquons seulement pour confirmer la démonstration déjà faite que la responsabilité indéfinie du mari à l'égard des créanciers commerciaux de sa femme, n'est pas le seul procédé juridique capable de déjouer la collusion frauduleuse dont ces derniers peuvent être victimes. Et pour la seconde fois nous sommes amené à considérer que l'obligation maritale inscrite dans les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce pourrait être modifiée par le législateur de l'avenir, sans que celui-ci fasse litière des motifs qui ont fixé le législateur de 1807.

On ne pourrait davantage opposer à un projet de réforme la nécessité pratique de favoriser le crédit de la femme marchande publique. Il est évident que sous le

régime de communauté le gage le plus important sur lequel les créanciers du mari ou de la femme puissent compter est représenté par les biens communs. Or de cette constatation, il résulterait déjà que l'obligation personnelle du mari est un surcroît de garantie utile, mais non indispensable. De deux choses l'une, en effet : ou la femme exerçait avant son mariage la profession de marchande publique et le fonds de commerce qu'elle a continué à exploiter avec l'autorisation de son mari est tombé dans la communauté, ou elle est devenue marchande publique après le mariage. Or, comme il s'agit d'une question pratique, il faut rechercher ce qui se passe dans la réalité de la vie. Dans le premier cas, nous apercevons que la femme a commencé un commerce étant fille, qu'elle y a réussi en n'offrant à ses créanciers d'autre garantie que ses ressources personnelles ; pourquoi ne trouverait-elle pas même crédit après son mariage, si ses biens personnels tombés dans la communauté restent le gage de ses créanciers ? Pourquoi estimer que si elle n'apporte pas en outre l'appoint des biens propres de son mari, son crédit sera sinon ruiné, du moins insuffisant pour assurer la continuation et la prospérité de ses affaires ? Pourquoi la confiance de ceux qui traitent avec elle diminuerait-elle alors que le gage sur lequel ils comptent être payés ne se trouve pas diminué ? Enfin que servira même aux créanciers commerciaux de la femme leur recours contre le mari, si on le suppose insolvable.

C'est d'ailleurs l'état de choses le plus fréquent dans le second cas. Lorsqu'en effet, la femme abandonne les soins du ménage qui lui sont plus particulièrement dévolus par la faiblesse du sexe et les habitudes sociales, pour s'adonner à des occupations viriles, il est à présumer que le mari est incapable de subvenir par les ressources de sa fortune ou les produits de son travail aux charges du ménage ; sa caution n'est qu'une vaine promesse qui ne peut tromper personne. Les créanciers ont bien une arme contre lui, mais une arme inutile.

Bien plus elle se tourne contre eux, et leur devient dangereuse. En effet, il est généralement admis que les créanciers personnels du mari peuvent saisir l'actif commercial de la femme, alors qu'il paraîtrait équitable que les créanciers commerciaux de la femme aient sur le prix du fonds de commerce et des marchandises un droit exclusif. Or cette dernière solution ne pourra se soutenir en bonne justice tant que de leur côté les créanciers commerciaux de la femme auront un droit d'action contre le mari, tant qu'ils viendront en concours avec les créanciers personnels de celui-ci sur ses biens propres, car l'égalité doit être la règle entre les créanciers d'un même débiteur. Si, au contraire, les créanciers personnels du mari avaient sur les biens propres de celui-ci un privilège opposable aux créanciers commerciaux de la femme, on comprendrait que ces derniers jouissent d'un avantage identique sur l'actif commercial de celle-ci. Il y a donc un lien évident entre le droit des

créanciers commerciaux de la femme à poursuivre le mari sur ses biens propres et la nécessité pour eux de subir le concours des créanciers personnels de celui-ci sur l'actif commercial de la femme. De sorte que dans l'hypothèse où le mari de la femme commerçante est insolvable, son obligation envers les créanciers de la femme est réellement, quoique d'une manière indirecte, nuisible au crédit de celle-ci.

Mais alors même qu'il n'en est pas ainsi, l'influence de cette obligation du mari n'est pas décisive sur l'état du crédit dont peut jouir une femme, marchande publique. Ce crédit dépend d'un ensemble de considérations dans lesquelles l'obligation du mari entre tantôt comme élément favorable, tantôt comme élément défavorable. En conséquence, le besoin d'assurer le crédit des femmes mariées commerçantes n'est pas encore le motif qui impose d'une nécessité irréductible la disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce.

Il résulte de notre examen des motifs de la loi, que ceux-ci ne déterminent pas absolument la décision qui commande l'obligation du mari aux dettes commerciales de la femme ; que ces motifs n'ont pas toujours été respectés dans le système de la loi qui méconnaît quelquefois et n'atteint pas toujours le but utilitaire qu'elle vise ; qu'en un mot, ces motifs n'infirmant pas par avance toute tentative de réforme. Et il semble que les idées qui guideront cette pensée de réforme devront être ces idées de justice et d'utilité sociale que la loi actuelle ne réalise pas complètement.

CHAPITRE III

DU FONDEMENT JURIDIQUE. — SON INCERTITUDE. CONSÉQUENCES.

Lorsqu'une disposition de la loi se présente sous une formule générale elle doit, pour être bonne, trouver dans un principe de droit un fondement juridique qui lui serve d'assise, et sur lequel ses interprètes puissent s'appuyer pour en préciser les conséquences pratiques. Si, en effet, le juge qui applique la loi ou le jurisconsulte qui l'explique, ne découvre pas un point fixe où il puisse toujours revenir pour éprouver les prémisses du raisonnement par lequel il déduit les conséquences de la loi, il hésite dans ses décisions, les rend opposées, quelquefois incompatibles, voire même contradictoires ; il substitue l'arbitraire de son opinion à la volonté obscure de la loi. Ainsi donc chercher si une disposition de la loi repose sur un fondement juridique certain, indiscutable, est un procédé sûr pour apprécier le degré de respect qu'elle mérite. Quels que soient par ailleurs les avantages d'une disposition légale, il est évident que si elle ne détermine pas avec rigueur ses effets elle manque d'une qualité essentielle, et, par suite, elle est certainement sujette à subir une amélioration, peut-être une réforme.

Nous allons soumettre à ce critérium la règle des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce qui édicte l'obligation du mari commun aux dettes de la femme marchande. Nous allons rechercher si l'on peut avec certitude mettre en lumière le principe d'où le législateur a fait sortir cette obligation maritale ; si juridiquement on peut établir le lien de droit qui permet aux créanciers commerciaux de la femme d'obtenir en justice condamnation contre le mari ; si on peut préciser la qualité en laquelle le mari est pris à partie, si enfin sa responsabilité est nettement circonscrite ou si, au contraire, les limites en sont flottantes et vagues.

Il ne faut pas oublier, en effet, que la disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce est exceptionnelle ; elle heurte par deux fois le droit commun. En vertu de ses termes, la femme oblige la communauté et son mari par des actes pour lesquels elle n'a pas été expressément et spécialement autorisée ; d'autre part, le mari se voit obligé contrairement à la maxime « *qui auctor est, non se obligat* ». Par conséquent il serait absolument nécessaire, pour affirmer la valeur juridique de la disposition qui nous occupe, de fixer le principe dominant et directeur qui excuse et justifie la double dérogation au droit commun qu'elle renferme, en même temps qu'il en précise la portée.

Les hésitations de la doctrine sur ce point vont nous montrer que la pensée du législateur ne s'est pas clairement exprimée, qu'elle laisse le choix entre plusieurs

systèmes dont aucun en dernière analyse ne peut s'imposer. Les uns trouvent dans la loi elle-même la raison de l'obligation du mari, que le droit commun fait à son tour réfléchir sur la communauté ; le mari est pour eux caution légale des engagements commerciaux contractés par sa femme. Les autres supposent que l'autorisation du mari à ce que la femme exerce le commerce implique, de sa part, consentement d'affecter à la garantie des dettes commerciales de celle-ci les biens communs et les siens propres, par suite de leur confusion avec ces derniers sous le régime de communauté. D'autres enfin relèvent que l'autorisation matrimoniale peut en ce cas être tacite, qu'elle est générale, qu'elle se distingue donc très particulièrement, et ils la transforment en une délégation de pouvoirs, en un mandat : le mari est obligé comme tout mandant et c'est l'application du droit commun qui engage par contre-coup la communauté. Or le résultat de cette incertitude ne se manifeste pas seulement par un débat d'école, mais aussi par des difficultés pratiques très graves. Sans entrer dans le détail, signalons que chaque théorie répond différemment à la question de savoir si à la dissolution du mariage le mari est tenu pour le tout ou la moitié, si le mari est commerçant ou non ? Il y aura donc pour nous un double intérêt à peser le mérite des théories proposées : en examinant la solution de chacune sur les divers litiges soulevés, nous pourrions juger de points de vue distincts la valeur intrin-

sèque de la disposition de la loi ; en constatant que toutes les théories prêtent le flanc à la critique nous écarterons toute prévention contre une modification possible de la loi.

La thèse dans laquelle l'autorisation du mari, requise en vertu de l'article 4 du Code de commerce pour que la femme devienne marchande publique, équivaut à un véritable mandat donné par le mari à sa femme d'exercer un commerce déterminé, est la plus audacieuse et aussi la moins solide. Elle nous arrêtera tout d'abord. Rien n'est plus simple d'après elle que d'expliquer que les biens communs et les propres du mari répondent des dettes commerciales de la femme. Le mari a donné mandat à sa femme de faire le commerce : *mandasse censetur* ; il est donc engagé directement par les contrats que sa femme a passés ; en fait, c'est la femme qui agit, en droit, c'est le mari. Aussi est-il tout naturel qu'il soit obligé aux dettes commerciales de la femme qui sont juridiquement les siennes. Mais si ces dettes sont dettes du mari, elles sont par là même, dettes de la communauté. Ce sont donc les principes de droit les plus élémentaires qui justifient et éclairent la disposition exceptionnelle des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce.

Cette application des règles du mandat à l'interprétation des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce se recommande, disent ses partisans, par de nombreux motifs. Elle respecte la constitution organi-

que de la communauté. Sous ce régime la femme ne saurait, sauf dans des hypothèses particulières, avoir le maniement de fonds importants sans violer la prohibition de l'article 1395 du Code civil et sans empiéter sur les pouvoirs du mari, considéré comme administrateur de la communauté; on ne peut supposer de la part de celui-ci une renonciation même partielle aux droits qu'il tient en sa qualité de chef de la communauté, car une telle renonciation est condamnée par l'article 1388 du Code civil. Pour rester dans l'esprit de la loi, il faut donc admettre que le mari passe tous les contrats qui intéressent la communauté; il y figure en personne ou par un représentant. Ce rôle de représentant est dévolu à la femme par l'autorisation qui l'habilite à faire le commerce: la femme est la mandataire de son mari; l'article 1388 et le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales inscrit dans l'article 1395 ne lui souffrent pas d'autre qualité.

Cette manière d'envisager la situation juridique de la femme marchande ne contredirait pas l'idée que s'en formaient les auteurs de l'ancien droit. Ceux-ci admettaient, en effet, que l'obligation du mari aux dettes commerciales de la femme tire, par analogie, son origine de la responsabilité que le *pater familias* encourait dans le droit romain en autorisant son fils en puissance à faire le commerce, et sauf quelques dissidences, ils décidaient, en conformité de la solution romaine sur laquelle ils se guidaient, que le mari est tenu person-

nellement et commercialement des engagements de sa femme commerçante (1).

Des indications sinon formelles, du moins très précises, seraient données par le législateur lui-même dans deux cas particuliers. D'une part, l'article 20 de la loi du 17 avril 1832 sur la Contrainte par corps portait qu'en « aucun cas la contrainte par corps ne pourrait être exécutée contre le mari et contre la femme simultanément pour la même dette » et cette hypothèse ne pouvait, vu le titre sous lequel l'article est placé, viser que la femme commune faisant le commerce du consentement de son mari. En accordant dans ce cas au créancier le droit d'user contre le mari d'une voie d'exécution essentiellement personnelle, le législateur reconnaissait bien l'obligation personnelle du mari à raison de sa qualité de mandant. D'autre part, l'article 15 de la loi du 25 août 1844 sur les Patentes, article reproduit par l'article 19 de la loi du 15 juillet 1880 décide que « les mari et femme *séparés de biens* ne doivent qu'une patente à moins qu'ils n'aient des établissements distincts ». Quel serait le sens de la restriction, si ce n'est d'imposer en cas de communauté une double patente. Or soumettre le mari d'une femme commerçante à la patente, n'est-ce pas le considérer comme commerçant, comme exerçant le commerce par l'intermédiaire de sa femme, comme le mandant de sa femme ?

(1) *Vide supra*, chap. I, Coquille, Ferrière, *loco citato*.

Mais non seulement les précédents des Codes et certaines lois particulières militeraient en faveur de la thèse de l'autorisation-mandat, celle-ci trouverait encore dans les Codes eux-mêmes des confirmations. Il faut, en effet, distinguer, semble-t-il, le consentement que le mari donne à sa femme pour les opérations civiles, de l'autorisation qu'il lui accorde de devenir marchande publique. Le consentement n'est valable que par écrit ; l'autorisation peut être tacite : n'y a-t-il pas là une assimilation au mandat ? Comment expliquer que l'autorisation de justice venant à suppléer celle du mari, celui-ci soit déchargé de toute responsabilité ? C'est que l'autorisation est un mandat, et que la volonté manifeste de celui qui mande est la condition essentielle de la naissance à sa charge d'une obligation.

Enfin la thèse se recommanderait par la sûreté avec laquelle on peut déduire ses conséquences principales, à savoir que le mari est tenu pour le tout, même après la dissolution du mariage, qu'il est commerçant et soumis à tous les effets de cette qualité, que la femme devenant marchande, une véritable société commerciale se greffe sur cette sorte de société civile qu'est la communauté. La première conséquence s'impose d'autorité : si la dette est née en la personne du mari, quelle influence peut avoir la dissolution du mariage sur le droit de poursuite du créancier ? Evidemment aucune. Décider que le mari est commerçant, et que par suite on le peut appeler devant le tribunal consulaire et le faire frapper d'un ju-

gement de faillite, paraît plus grave. Mais en le décidant, on aurait la satisfaction de s'incliner devant la loi. Si, en effet, le mari est juridiquement censé accomplir les actes de commerce auxquels la femme met la main, il est commerçant en vertu de l'article 1 du Code de commerce, et tout commerçant doit accepter la compétence du tribunal de commerce, comme il est *ipso facto* exposé à la faillite. Quant à la reconnaissance d'une société commerciale se formant entre le mari et la femme, il paraîtrait difficile de s'y refuser. Si le mari est obligé personnellement et commercialement comme la femme, nous nous trouvons en présence de deux personnes qui, d'un commun accord, ont mis un fonds commun en exploitation, sous la direction de l'une d'elles, en vue de bénéfices à partager, et aux risques de supporter les pertes, chacune sur tous ses biens. Nous avons donc réuni tous les éléments de validité d'une société en nom collectif. Ce serait une constatation importante, car elle permettrait aux créanciers commerciaux de la femme, sous certaines conditions de publicité de la part de celle-ci, de prétendre à un droit de préférence sur les biens engagés dans le commerce : ils argueraient de la personnalité de la société, dont nous avons reconnu l'existence, pour écarter les autres créanciers de la femme et ceux du mari, comme les créanciers sociaux repoussent les créanciers personnels des associés.

Si l'on sort du régime de communauté, la thèse de l'autorisation-mandat fournirait encore un fil conduc-

teur. Elle s'adapte sans peine au régime sans communauté. Ce régime n'étant qu'une forme modificative du système de la communauté, les mêmes principes doivent être applicables. Le mari acquiert les bénéfices commerciaux réalisés par la femme, non pas parce qu'ils sont des fruits, mais parce que la femme « ne saurait exercer un commerce sans opérer une mainmise sur les valeurs de l'établissement ; cette mainmise lui serait interdite d'après les conventions matrimoniales, qui ne lui ont laissé qu'une nue propriété inerte. Force est donc de la traiter en mandataire du mari qui fait le commerce par son entremise » (1).

De même sous le régime dotal. Trois hypothèses sont possibles : la femme peut faire le commerce, ou bien au moyen de biens dotaux, disponibles aux mains du mari en tant que valeurs fongibles ou meubles estimés au contrat de mariage, ou bien, si la constitution de dot porte sur tous les biens présents et à venir, au moyen de fonds empruntés à un tiers, ou bien encore, au moyen de valeurs paraphernales. Dans le premier cas, soutenir que le mari n'est pas le mandant de sa femme, que ce n'est pas lui qui est commerçant, « serait reconnaître aux époux le droit de déplacer les biens conjugaux, de les faire passer de l'administration de l'un à celle de l'autre, ce serait consacrer, ou bien une restitution de la dot avant la dissolution du mariage et la cessation du

(1) Thaller, *De la faillite des différents commerçants*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1882, nouvelle série, t. XII, p. 55.

régime, ou bien une atteinte manifeste à l'équilibre des patrimoines résultant du contrat de mariage, et cela au mépris de l'article 1395 » (1). Dans le second cas, on admettrait « qu'une femme qui a déclaré que sa dot porterait sur tous ses biens, puisse se constituer une sorte de pécule paraphernal, dont elle retiendrait l'administration, faire entrer dans le régime dotal une séparation de biens partielle qui n'aurait pas été prévue » (2). Dans le troisième cas, la part du patrimoine de la femme engagé dans son commerce est hors la sphère d'influence du mari et son affectation au commerce ne peut en rien réagir contre le mari. Ce sont les conditions de la séparation de biens qui se produisent en fait : l'indépendance réciproque des intérêts des époux s'oppose aux relations de mandataire à mandant (3).

Cet exposé de la thèse de l'autorisation-mandat se résume dans la proposition suivante : les cas de séparation de biens et d'entreprise du commerce au moyen de paraphernaux exceptés, la femme exerce le négoce pour le compte de son mari. La valeur de cette proposition est estimée son juste prix par le savant maître auquel nous l'empruntons : « Si nous la défendons,

(1) Thaller, *loco citato*, p. 140.

(2) Thaller, *ibidem*, p. 142.

(3) N. B. Cette exposition du système de l'autorisation-mandat est empruntée à la savante dissertation de M. Thaller, déjà citée, sur la *Faillite des différents commerçants* ; M. Thaller, a aujourd'hui abandonné ce système : *Traité de droit commercial*, nouvelle édition, p. 110, note 1.

dit-il, au point de vue de l'interprétation, mérite-t-elle en soi et lorsqu'on se place au-dessus des textes, d'être approuvée ? Tout moraliste répondra négativement. Passe pour la communauté, c'est le régime de la collaboration, les affaires sont traitées pour le compte de l'association domestique, les époux font partage de leurs gains, chacun accepte aussi sa part dans les fautes et les erreurs de l'autre. Mais sous le régime sans communauté, sous le régime dotal la situation de la femme, telle que nous l'avons comprise, ne répond-elle pas à certaine fable populaire ? Attribuer au commerce de la femme de pareils résultats, c'est déplacer cette grande règle de justice distributive, qui veut que chacun soit récompensé selon ses œuvres, c'est faire fleurir en plein XIX^e siècle cette loi des civilisations naissantes, d'après lesquelles les acquisitions de la famille reviennent au chef de la maison. La résurrection d'un tel état de choses, qu'on pouvait croire depuis longtemps abandonné, et auquel il semblait que la Révolution française eût porté le coup de mort, en affirmant les droits de l'individu, ne sera du goût de personne et de la femme moins que de tout autre. Si elle envisage froidement la situation, surtout si le ménage est sans enfants, que la discussion y règne et qu'elle n'ait pas dans l'esprit d'économie du mari une confiance absolue, elle aimera mieux s'abstenir qu'agir en se sacrifiant. L'injustice paraîtra plus flagrante encore, lorsqu'on verra que la femme, quoique mandataire est com-

mercante, tandis qu'un préposé ne l'est pas, encourt personnellement la faillite, quand un préposé n'en est pas menacé. Cette vue générale du système n'a pas peu contribué à grouper autour de la thèse, qui réserve à la femme tout au moins la nue propriété de ses gains d'industrie, de nombreux partisans : nous voudrions nous y rallier, mais la loi est malheureusement la plus forte et nous la respectons (1). »

Il serait favorable à notre vœu d'une réforme de la loi qu'elle fût telle que l'auteur de ce jugement la supposait. Son appréciation est, en effet, un argument sérieux contre elle. Il perd de sa force quand on montre que sa critique attaque non la loi, mais l'une de ses interprétations. La base même du système de l'autorisation-mandat fléchit, dès qu'on touche le point de la loi qui l'appuie. En autorisant sa femme à devenir marchande, le mari, prétend-on, manifesterait en termes, il est vrai, incorrects, sa double volonté de lui donner procuration et de lui permettre de se porter caution à son égard. Or ou bien le mari a donné cette autorisation par écrit et alors, comment, quand il se borne à autoriser, aller à l'encontre de sa pensée nettement exprimée, ou bien, son autorisation résulte d'une tolérance, et il est juste d'en atténuer plutôt que d'en aggraver les effets. Dans aucun de ces deux cas, il n'y a donc place pour un mandat préalable sous-entendu, sans étendre arbitrairement le sens des mots et la valeur des actes.

(1) Thaller, *loco citato*, p. 151.

Bien plus, ne semble-t-il pas que, si le mari réalisait les intentions qu'on lui prête, s'il donnait effectivement procuration à sa femme l'autorisant en même temps à le cautionner, il aurait une situation toute différente de celle qui résulte d'une autorisation par lui concédée dans les termes de l'article 4 du Code de commerce? En pareille hypothèse, loin d'habiliter la femme à devenir marchande publique, il la met dans l'impossibilité juridique d'acquérir cette qualité, puisqu'en vertu de l'article 5, alinéa 2 du Code de commerce, « elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé ». Si la femme est fondée de pouvoirs de son mari, elle n'est pas elle-même commerçante. Et cette conséquence se produit nonobstant son intervention comme caution, le cautionnement d'une dette commerciale constituant, en principe, un engagement purement civil.

Mais, nous dira-t-on, vous négligez l'autorisation que le mari donne aussi à la femme de faire le commerce, autorisation qui est principale : en la rapprochant de la procuration et de l'autorisation de cautionner, vous verrez que par elle le mari élève sa femme du rang de préposée caution à celui d'associée gérante. La société commerciale entre époux offre des difficultés que nous examinerons plus loin ; il nous suffit de constater ici que l'idée d'une femme marchande publique, alors qu'elle exerce conjointement avec son mari un même commerce, contredit aussi nettement les termes cités de l'article 5, alinéa 2 du Code de commerce, qu'on qualifie la femme de préposée ou d'associée.

Admettons cependant qu'une interprétation moins littérale des textes ne condamne pas le point de vue fondamental de la thèse de l'autorisation-mandat et recherchons si elle s'impose en considération des précédents historiques, des indications fournies par le législateur, des motifs allégués par la doctrine en sa faveur ou de ses heureuses conséquences pratiques.

Nous avons relevé dans le chapitre I^{er}, sur l'origine et l'historique de la question, que les auteurs de l'ancien droit, influencés par les idées romaines sur la responsabilité du *paterfamilias*, avaient eu des hésitations de langage, mais qu'ils n'avaient jamais considéré théoriquement la femme comme la *procuratrice* de son mari, quand celui-ci ne se mêle pas du commerce. L'article 235 de la Coutume de Paris est formel sur ce point.

Il ne paraît pas non plus que, ni dans la loi de 1832 sur la Contrainte par corps, ni dans celle de 1844 sur les Patentes, le législateur moderne ait envisagé le mari de la femme marchande comme le mandant de celle-ci. En permettant aux créanciers de la femme commerçante d'user contre le mari de la contrainte par corps le législateur indique tout au plus que le mari est personnellement obligé, il ne le montre pas commercialement obligé, ce qui seul, en l'espèce, impliquerait pour le mari la qualité de mandant.

La conclusion qu'on tire de la forme restrictive de l'article 15 de la loi sur les Patentes n'est pas davantage légitime; l'argument *a contrario* est sans valeur pour

fixer le droit commun, puisque le résultat d'un tel argument ne peut être apprécié que par rapport au droit commun supposé connu. En effet, dire que « les mari et femme séparés de biens ne doivent qu'une patente, à moins qu'ils aient des établissements distincts », c'est bien sous-entendre que le mari et la femme communs doivent deux patentes, qu'ils sont tous deux commerçants, étant toutefois admis que les mari et femme communs peuvent être tous deux commerçants, sans avoir des établissements distincts : ce qui est précisément en question. Car si l'on repousse la thèse du mandat, on ne peut en principe voir dans le mari de la femme commerçante un commerçant ; aussi jugera-t-on de ce point de vue opposé et avec même logique que l'article invoqué est défectueux en la forme, peut-être inutile. La jurisprudence administrative est fixée depuis longtemps en ce sens ; elle décide que le mari commun est tenu de payer la patente de sa femme, mais qu'il n'est pas imposable personnellement.

Cette jurisprudence, il est vrai, devrait être modifiée si la thèse de l'autorisation-mandat supportait par ailleurs victorieusement la critique. Les défenseurs affirment que sans son secours on ne peut expliquer que la femme puisse, tout en respectant les droits de son mari, comme chef de la communauté, et le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, avoir des fonds libres suffisants pour l'exercice de sa profession. D'abord, peut-on raisonnablement soutenir que l'aban-

don par le mari à sa femme du capital nécessaire pour son commerce porte atteinte aux règles des articles 1388 et 1395 du Code civil ? Cette concession ne fait pas perdre au mari la direction d'ensemble du patrimoine ; le mari conserve la main haute puisqu'il peut à volonté arrêter la gestion de la femme. L'article 1395 n'est pas violé ; les conventions matrimoniales ne subissent pas de changement proprement dit ; leur application n'est que partiellement et temporairement suspendue. Nous avons d'ailleurs un exemple de pareille solution sous le régime de séparation de biens, où il est permis à la femme de donner à son mari mandat d'administrer tout ou partie de ses biens, alors que suivant le contrat de mariage cette administration n'appartient pas au mari.

Mais à supposer que l'emploi par la femme de fonds communs soit irrégulier, elle ne serait pas pour cela dans l'impossibilité de trouver des ressources pour son commerce. Elle en aura en mains de non vicieuses si elle a été gratifiée d'une donation avec clause d'administration et de jouissance à elle réservée ; elle s'en procurera en effectuant un emprunt sous cette même condition. Ni dans un cas ni dans l'autre, le mari ne saurait prétendre à un droit d'administration et de jouissance sur le capital ainsi acquis par la femme. Dans les deux hypothèses, sans invoquer la théorie de l'autorisation-mandat, les articles 1388 et 1395 du Code civil sont pleinement respectés.

Elle n'est pas encore indispensable pour faire comprendre que le mari ne soit pas obligé, lorsque la justice supplée à l'autorisation qu'il n'a pu fournir. On peut penser que le législateur en déférant à la justice, par nécessité pratique, le pouvoir d'autoriser au lieu et place du mari, a arrêté à son égard l'effet de cette autorisation, dans la crainte d'aller à l'encontre d'une volonté contraire, peut-être très sérieusement fondée dans certaines considérations personnelles.

A ce point de notre critique nous pourrions nous arrêter, car un système ne peut se légitimer uniquement par ses conséquences. Mais leur mérite modifie quelquefois le jugement porté sur le principe d'où elles découlent et le fait regretter. Nous n'accorderons pas cette satisfaction aux partisans de la thèse de l'autorisation-mandat. Ses conséquences, en effet, sont excessivement rigoureuses, injustes même, quelquefois mal fondées. Il est dur pour le mari d'être encore tenu des dettes commerciales de la femme, pour le tout, après la dissolution du mariage : c'est une infraction au principe de l'égle répartition des avantages et des charges. Mais l'iniquité est encore plus grande d'imposer au mari la qualité de commerçant, alors que sa volonté de l'être n'est pas manifeste. On la lui impose même contrairement à la loi si, tout en ayant autorisé sa femme à devenir marchande, il exerce de son côté un métier non mercantile ; s'il donne tout son temps à des occupations libérales, il peut être exact de dire qu'il accomplit par

l'entremise de sa femme des actes de commerce, mais on ne peut ajouter qu'il en fait sa profession habituelle. Cette condition de la qualité de commerçant (art. 1^{er}, C. com.) faisant défaut, de quel droit le traiter comme tel? Mais, si vous ne l'accordez pas, objecte-t-on, vous mettez les créanciers commerciaux de la femme dans la nécessité de plaider pour la même obligation devant deux juridictions différentes. Cette éventualité se produit dans des circonstances trop fréquentes pour nous effrayer. Que devient aussi, nous oppose-t-on, la faillite de la femme, si elle est seule commerçante? « Singulière faillite, dit M. Thaller, que celle où un syndic n'aura aucune valeur à administrer et rien que des nues propriétés à vendre (1). » Quand il en serait toujours ainsi, on pourrait demander en quoi le caractère de la faillite est touché par la composition en telle ou telle nature de biens de l'actif soumis à la liquidation syndicale? Mais le syndic peut rencontrer des propres soustraits à l'administration et à la jouissance du mari.

Ces critiques exposées, il ne reste debout que la plus singulière des conséquences de la thèse de l'autorisation-mandat, celle qui admet lorsque la femme est commerçante qu'une véritable société existe entre elle et son mari. Il est très douteux qu'une société commerciale puisse naître entre époux. Il semble qu'elle modifierait leurs rapports et leurs droits respectifs dans une telle

(1) Thaller, *loco citato*, p. 396.

mesure, que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales en serait ébranlé. Il semble qu'elle leur fournirait le moyen de se consentir, sous forme de gains sociaux, des avantages irrévocables contrairement à l'article 1096 du Code civil. Enfin nous avons déjà indiqué que la femme n'est pas commerçante lorsqu'elle collabore à un commerce avec son mari; le mandat, qu'elle est dans ce cas présumée avoir reçu de lui, exclut chez elle l'idée de contracter des obligations personnelles, c'est-à-dire de faire acte d'associée (1).

Et ces arguments contre la possibilité d'une société entre époux nous semblent ne rien perdre de leur valeur lorsqu'ils combattent, non plus une société universelle, mais une société en nom collectif avec un objet déterminé et des apports distincts. Mais plaçons-nous pourtant dans l'opinion où une pareille société serait possible. Cette société aurait-elle une existence régulière dans les conditions de notre hypothèse, à savoir que le mari ait simplement autorisé sa femme à devenir marchande. Où est le consentement des parties ? Pour le mari, il faut le présumer de l'acte d'autorisation. Que voilà une autorisation élastique ! Pour la femme, nous n'avons même pas cette ressource. Il est vrai qu'il n'est intéressant de faire intervenir l'idée de société que si des mesures de publicité viennent assurer la personnalité à cette prétendue société. Or dans notre hypo-

(1) Paris, 9 mars 1859, S. 1859.2.502.

thèse les formalités de publicité ne peuvent être remplies : la société, qu'on imagine est donc frappée de nullité (Loi du 24 juillet 1867, art. 56, al. 3). On ne peut admettre, en effet, que ce vice soit couvert par la publication de l'acte d'autorisation maritale, car cet acte ne satisfait certainement pas aux exigences de la loi sur les sociétés. Indique-t-il notamment que la femme est autorisée à gérer, administrer et signer pour la société, indique-t-il une raison sociale, la nature de la société constituée ; cet acte porte-t-il la signature des deux prétendus associés ? Si cet instrument portait toutes les mentions voulues, ne serait-il pas évident qu'il contiendrait tout ensemble et une autorisation maritale et un contrat de société ; nous sortirions alors de l'hypothèse posée. Le simple fait du mari autorisant la femme à devenir marchande publique ne nous paraît donc pas suffisant pour justifier l'existence d'une société commerciale entre les époux.

Pour achever la réfutation de la thèse de l'autorisation-mandat, il nous resterait à en discuter les effets sous les régimes matrimoniaux autres que celui de communauté. Mais le jugement de M. Thaller, que nous avons cité plus haut, est sur ce point trop décisif pour que nous ayons à y ajouter.

Force nous est donc de recourir à une autre interprétation de la disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, qui édicte l'obligation du mari aux dettes de la femme commerçante. De nombreux auteurs pensent que l'obligation du mari résulte

pour lui de l'ordre même de la loi ; ses termes sont formels « et au dit cas elle oblige aussi son mari... ». Elle présume qu'en autorisant sa femme à devenir marchande publique, le mari consent à être obligé par les engagements que celle-ci contractera dans les limites des droits que lui confère la dite autorisation. Recherchant la raison de l'article 234 de la Coutume de Paris, Pothier s'exprime ainsi : « L'approbation que le mari est censé donner au commerce que fait sa femme, à son vu et su, renferme une approbation de tous les contrats qu'elle fait et qui en dépendent, et une *accession* de sa part aux obligations qui en naissent (1). » Virtuellement le mari prête son concours à tous les actes accomplis par sa femme, il parle en même temps qu'elle aux contrats qu'elle passe, en sorte qu'il est lié de droit avec les co-contractants de sa femme comme celle-ci l'est elle-même directement et personnellement. C'est une exception sans doute, au principe « *qui auctor est, non se obligat* », mais une exception écrite dans la loi.

Elle s'expliquerait d'ailleurs par ce motif qu'en présence de la connexion étroite des intérêts pécuniaires des époux sous le régime de communauté, les tiers qui traitent avec la femme peuvent facilement supposer qu'elle agit dans l'intérêt de ce dernier ; ils peuvent donc, avec raison, supputer les assurances que leur donne, à ce point de vue, l'intervention du mari, et ce serait les

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*.

exposer, presque toujours, à une déception certaine « que de leur refuser en définitive la garantie maritale qu'ils ont escomptée. La position d'un mari autorisant sa femme, n'est pas celle d'une personne autorisant ou assistant un autre incapable. Les intérêts du mari et de la femme communs en biens sont tellement mêlés, on peut dire enchevêtrés, que tous les actes accomplis par la femme et qui lui semblent propres, intéressent le mari à un degré plus ou moins élevé. Si bien que les tiers risqueraient d'être compromis quand ils croiraient avoir contracté avec le mari, parce qu'il jouait dans le contrat un certain rôle dont ils n'auraient pas aperçu le caractère (1) ».

A cette considération de fait, il faut joindre en faveur de ce système un argument juridique important. Il a cet avantage d'expliquer, par l'application du droit commun en matière de communauté, l'affectation des biens communs à l'exécution des engagements commerciaux de la femme. Tous les actes du mari retentissent contre la communauté (1409, 2°). Le créancier du tiers, dont un mari aurait cautionné les obligations, poursuivrait valablement son dû sur les biens communs; de la même manière et avec plus de justice encore, les créanciers commerciaux de la femme, à vrai dire cautionnée par son mari, ont prise par dessus ce dernier sur les biens communs. Car ceux-là seulement qui agissent au nom du mari et comme

(1) Colmet de Santerre, *Cours de Code civil*, VI, p. 109, sous 1409, 41 bis, XXI.

exerçant ses droits ont des pouvoirs assez absolus pour puiser dans la totalité du fonds commun (1).

L'obligation, que les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce imposent au mari de la femme commerçante, serait donc bien déterminée ; elle serait personnelle et civile, c'est-à-dire de même nature que celle dont est grevée une caution ordinaire. Des caractères de cette obligation il serait simple de déduire ses conséquences, tant à l'égard de la communauté que du mari lui-même. La communauté se trouvant engagée du chef du mari est liée dans les mêmes conditions que lui : elle subira le contre-coup de toutes les vicissitudes par lesquelles pourra passer l'obligation du mari, tandis qu'elle n'est pas sujette à l'influence des modifications particulières à l'obligation principale de la femme. Celle-ci bénéficie-t-elle d'une remise au cas de concordat, la communauté reste tenue pour le montant total de la dette, car le mari caution ne profite pas de la remise (art. 445, C. com.). Au contraire le mari obtient-il une remise personnelle, la communauté sera déchargée dans la même mesure que lui (2). Pour saisir les biens de la communauté, les créanciers commerciaux de la femme ne sont pas armés valablement d'un jugement exécutoire contre celle-ci, mais frappé d'appel par le mari (3) ; il leur faut un titre paré contre ce dernier,

(1) Rodière et Pont, t. II, n° 787 ; Aubry et Rau, t. 5, § 509. Tribunal de Lyon, 11 mai 1858, S. 59. 2. 617.

(2) Cour de Paris, 21 juin 1855, S. V. 1855. 2. 394.

(3) Cour de Paris, 18 octobre 1854, S. V. 1855. 2. 81.

car la communauté ne se distingue pas du mari.

Aussi la dissolution de la communauté ne saurait-elle éteindre ni même diminuer l'obligation du mari ; cette dissolution modifie seulement la composition de l'actif susceptible d'être saisi par les créanciers, elle n'atteint en rien leur droit de créance ; celui-ci subsiste de même nature et en même quotité. La communauté liquidée, le mari reste tenu pour le tout des dettes commerciales de sa femme.

Mais là se borne à son égard la sévérité de la loi. Elle n'a pas eu cette rigueur de lui imposer la qualité de commerçant. Cautionner une obligation commerciale crée, en principe, une obligation civile. Par conséquent sous l'empire des lois antérieures à celle du 22 juillet 1867, le mari de la femme commerçante n'était pas contraignable par corps ; il ne peut valablement être imposé d'une patente personnelle ; il est en droit de récuser la compétence du tribunal consulaire ; il n'est pas exposé à une déclaration de faillite.

Dans ce système, on tranche nettement les difficultés qui se présentent sous le régime de communauté. On est encore plus catégorique lorsque les époux ont adopté un régime exclusif de communauté. On y décide, en effet, que la loi n'ayant fait aucune différence entre les différentes formes sous lesquelles se présentent ces régimes, le mari n'est en aucun cas tenu des dettes de sa femme autorisée par lui à faire le commerce, son obligation manquerait de base légale. Si des hésita-

tions (1) se produisent sous le régime sans communauté, c'est qu'on fait intervenir des considérations qui ont pour effet de permettre ici l'application des règles de la communauté légale.

Quoi qu'il en soit de ce point particulier, le système qui considère le mari comme caution de sa femme commerçante lui est plus favorable que le système de l'autorisation-mandat. Mais est-il plus fortement établi ? Il résulte bien des termes des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce que le mari commun en biens est obligé par les actes de sa femme commerçante, mais la nature de cette obligation n'en ressort pas avec évidence. Dire que le mari est obligé comme une caution peut l'être, c'est éclairer le texte par une idée qui n'y est pas exprimée. La valeur de l'explication dépend donc de la corrélation effective des situations rapprochées. Or, il saute aux yeux que le mari n'est pas une caution pure et simple. Quel tribunal lui permettrait de requérir la discussion des biens de sa femme, débitrice principale ? Tout au moins faut-il ajouter qu'il est caution solidaire, mais alors une difficulté se dresse ; on imagine, en effet, un cas de solidarité légale tacite (2). On répondra, il est vrai, que la solidarité se présume au commerce et qu'en outre, l'objection est de pure forme puisque, par combinaison des articles 1419 du Code ci-

(1) Duranton, II, 480, XV, 259 ; Odier, II, 947 ; Troplong, III, 2236. *Contrà*, Aubry et Rau, t. V, § 531 et note 18.

(2) Laurent, *Principes de droit civil*, XIII, n° 56, p. 74.

vil et 5 du Code de commerce, le mari est certainement obligé au tout.

S'il était utile de discuter la valeur d'une présomption qui ne se fonde que sur un usage, la question se poserait de savoir si elle est opposable à un coobligé civil. Et à supposer que cette solidarité présumée ne soit pas justifiée, il serait aisé de montrer qu'il y a pour le mari un intérêt véritable à être traité en obligé au tout et non en codébiteur solidaire. Mais il convient à notre critique de la thèse du mari-caution de nous placer successivement dans les deux hypothèses : le mari, dit-on d'une part, est un codébiteur solidaire ? il devrait donc avoir en tout état de cause un recours pour moitié contre la femme sa codébitrice ? Or, que celle-ci renonce à la communauté, le mari qui aura payé les dettes commerciales de sa femme les supportera définitivement. Etrange caution, qu'une caution sans arme contre le débiteur principal ! Le mari, dit-on d'autre part, est un obligé au tout ? Mais alors il ne doit rien personnellement ; il doit avoir un recours pour le tout contre la femme ; or, dans la situation la meilleure, le mari contribue pour la moitié au paiement des dettes de commerce de sa femme. Etrange caution, qu'une caution qui n'a pas d'action pour l'intégralité de la dette cautionnée !

Reconnaissons donc que la loi traite le mari, à l'égard des dettes commerciales de sa femme, comme un débiteur personnel ; or, on ne se cautionne pas soi-même ; le principe de la thèse du mari-caution est donc en con-

tradiction avec les décisions certaines de la loi. Et la conséquence de cette remarque, est que, si le mari de la femme commerçante est obligé directement et personnellement, non plus comme caution, mais comme débiteur au même rang et au même titre que celle-ci, on est logiquement entraîné à tomber dans les errements de la thèse de l'autorisation-mandat, auxquels on prétendait échapper. Le mari, en effet, se trouve débiteur personnel, et pour son propre compte, en vertu d'une multiplicité d'actes commerciaux. Comment ne pas voir en lui un commerçant ?

Et l'on ne peut sauver la thèse de cette conclusion condamnée par la loi, en invoquant le caractère équivoque de l'autorisation maritale qui abuserait les créanciers commerciaux de la femme, s'ils ne pouvaient traiter, en fait, le mari comme tenu à leur égard de la même manière que sa femme, sans que, pourtant, la situation juridique soit identique ; car si la forme dans laquelle a été donnée l'autorisation maritale prête à une erreur, elle y induira aussi bien les tiers sous tout autre régime que la communauté : il est certain cependant que le mari séparé de biens qui autorise ne s'oblige pas.

Aussi d'autres auteurs estiment-ils que cette thèse du mari-caution, pas plus que celle de l'autorisation-mandat ne représente le véritable système de la loi (1).

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, XXII, p. 80 ; Marcadé, *Code civil*, V, sous 1419, p. 519 ; Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, n° 71.

Elles pécheraient toutes deux en ce qu'elles aperçoivent dans l'obligation du mari aux dettes commerciales de la femme une exception au principe : « *qui auctor est non se obligat.* » Cette prétendue exception n'aurait, en effet, aucun fondement. On ne saurait la tirer de l'ancien droit, puisqu'on lit dans Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 78 : « L'autorisation du mari donne à la femme commune en biens le pouvoir de charger des dettes qu'elle contracte, par l'acte pour lequel elle est autorisée, la communauté... » On ne saurait la tirer davantage des obscurs travaux préparatoires qui, d'ailleurs ne dissipant pas le doute, doivent être interprétés en faveur de la règle. On ne saurait enfin la tirer du Code dont les dispositions lui paraissent contraires : la rédaction de l'article 1419 du Code civil qui place en première ligne l'action des créanciers sur la communauté semble bien présenter la poursuite sur les biens du mari comme une simple conséquence de la précédente et l'article 1409-2° du Code civil qui « après avoir fait tomber dans la communauté les dettes contractées par le mari y fait tomber les dettes contractées par la femme de son consentement, montre bien que, quant à ces dernières dettes, la communauté est tenue du chef de la femme (1) ». L'exception à la règle : « *qui auctor...* » n'existe pas.

Elle n'est pas dans l'article 1419 du Code civil ; elle

(1) P. Lacoste, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1883, p. 739 et s.

ne se trouve pas davantage dans l'article 5 du Code de commerce qui n'en est qu'une application particulière. Par suite, l'obligation du mari n'est pas un effet immédiat de l'autorisation qu'il donne à sa femme. Elle en résulte indirectement par un processus facile à suivre. Lorsque le mari autorise sa femme, non seulement il la rétablit dans sa pleine capacité, diminuée ou plutôt suspendue par sa condition de femme mariée, mais encore il lui communique en quelque sorte une part de ses pouvoirs d'administrateur de la communauté, dont elle est copropriétaire avec lui. Dans la mesure où il permet à sa femme de contracter des engagements dont l'exécution sera valablement poursuivie sur les biens communs, il n'efface pas son autorité devant la volonté de celle-ci, mais à proprement parler il l'exerce, en lui adjoignant en connaissance de cause le concours de sa propre volonté. Suivant le vœu même de la loi, il habilite tout ensemble la femme à disposer des biens communs et préside à l'usage auquel elle les affecte.

Cette délégation de pouvoirs, que le mari peut consentir à sa femme sans manquer à ses devoirs de protection et de surveillance, explique l'affectation des biens communs à la garantie des créanciers commerciaux de la femme. Elle ne suffit pas pour faire comprendre la responsabilité du mari sur ses propres. Pour la justifier il suffit de constater que les biens communs et les propres du mari forment aux yeux des tiers une masse confuse : leur imposer le souci de discerner les uns des autres,

lorsqu'ils traitent avec l'espoir des biens communs pour gage, c'eût été arrêter les prévoyants devant une incertitude, impossible à dissiper, et exposer les confiants à des mécomptes graves. Pour sortir de cette alternative, la loi a décidé que toute dette de communauté serait considérée comme dette du mari. L'obligation du mari aux dettes commerciales de sa femme n'est donc pas pour lui une obligation principale et personnelle, mais une obligation accessoire à celle qui charge la communauté du chef de la femme.

Ce contre-coup du patrimoine commun sur le patrimoine propre du mari est trop explicitement indiqué par la loi (1409, 2^o, C. civ.) pour surprendre. Mais on peut s'étonner de la prétention de la thèse, qui admet que les engagements contractés par la femme frappent directement et principalement la communauté. Il est contraire, semble-t-il, à l'esprit général du système de la loi, que dans cette sorte d'association qu'est la communauté où la femme joue un rôle secondaire, celle-ci puisse engager le fonds commun. Son influence précaire, il est vrai, existe cependant. Son action effective et personnelle sur la communauté se révèle dans bien des cas : elle oblige la communauté par les dettes mobilières dont elle était grevée au jour de la célébration du mariage (1409, 1^o, C. civ.) ; elle oblige la communauté au paiement des arrérages et intérêts des rentes ou dettes passives qui lui sont personnelles (1409, 3^o, C. civ.), elle l'oblige encore par les dettes des successions purement mobilières qui

lui échoient pendant le mariage (1401, C. civ.) ; son concours permet au mari de donner soit un immeuble commun soit l'universalité ou une quotité du mobilier commun (1422, C. civ.) ; enfin elle oblige la communauté lorsqu'avec l'autorisation de justice elle s'engage pour tirer son mari de prison ou établir ses enfants en cas d'absence du mari (1427, C. civ.). Ces décisions formelles de la loi montrent que la femme autorisée a sur la communauté un pouvoir réel, efficace. Il est permis d'étendre ce principe certain à tous les cas où la femme contracte avec l'autorisation du mari ; il s'applique, par conséquent, à celui où la femme est marchande publique.

Dans cette hypothèse plus que dans toute autre le système de la loi se justifie. D'une part la femme copropriétaire des biens communs doit trouver en eux une source de crédit, car si elle était réduite à n'offrir comme gage à ses créanciers que son patrimoine propre, tout en exposant des immeubles auxquels la loi la suppose attachée, elle ne livrerait à leurs poursuites que des nues propriétés généralement peu prisées. D'autre part il est juste que le mari qui profite des bénéfices commerciaux comme acquêts de communauté réponde des dettes contractées en vue de les réaliser, alors surtout que, sans son consentement exprès, on ne le grève pas d'une obligation personnelle. Le mari, en effet, n'apparaît plus ici comme la caution solidaire de sa femme commerçante, mais comme lui apportant « une

sorte de cautionnement réel » (1), tenant à la confusion de son patrimoine avec le patrimoine commun.

Cette manière d'envisager la responsabilité du mari se traduit en pratique par cet avantage pour lui qu'à la dissolution de la communauté il ne sera plus tenu que pour la moitié des dettes commerciales de la femme. Comme une poursuite intégrale n'était accordée contre lui, durant le régime, qu'à raison d'une indivision de patrimoines, elle doit être, dès que la scission a eu lieu, limitée à la part qu'il recueille du patrimoine au passif duquel figurait la dette. Notons que l'article 1485 du Code civil concorde avec cette solution rationnelle.

Ce n'est pas la seule conséquence heureuse pour le mari de la thèse qui nous occupe. Elle conduit à décider que tout événement qui exonère la femme profite à la communauté et au mari. Celui-ci sera donc en droit d'invoquer le bénéfice du concordat obtenu par sa femme pour repousser le créancier qui l'actionnerait pour la totalité de sa créance : il n'est pas un coobligé du failli à qui l'article 545 du Code de commerce soit opposable ; il est tenu dans la même mesure que la communauté, qui elle-même ne peut être poursuivie que pour la quotité de la dette qui incombe encore à la femme concordataire.

En revanche le mari ne profitera pas toujours pleinement des événements qui pourraient le libérer ; si, en

(1) Thaller, *De la faillite des différents commerçants. Revue de législation et de jurisprudence*. Nouvelle série, t. XI, 1882, p. 594.

effet, ils ne délient pas du même coup la femme, la communauté ne sera point dégagée et en tant qu'il souffre des poursuites exercées contre elle, il perdra le fruit de l'avantage, qui lui a été personnellement consenti. Ainsi une remise de dette personnelle au mari n'empêcherait pas le créancier de la femme de se payer sur les biens communs.

Cet inconvénient est largement compensé d'autre part par la certitude que l'obligation du mari aux dettes commerciales de sa femme n'a aucun caractère de commercialité. La cause de son obligation est purement civile, elle réside dans le régime matrimonial adopté. Le mari aurait dû, dans l'ancien droit, échapper à la contrainte par corps ; sous l'empire de nos lois il ne peut être assujéti à une patente, assigné devant un tribunal consulaire, frappé d'un jugement de faillite ; quoique obligé aux dettes de sa femme commerçante, il n'est pas lui-même commerçant.

Cette thèse permet donc une interprétation des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce très favorable au mari. A ce point de vue elle mériterait d'attirer les suffrages ; mais peut-on s'y rallier sans réserve ? Nous avons vu qu'elle repose sur une théorie générale des effets, sous le régime de communauté, de l'autorisation maritale au point de vue de l'exécution des contrats passés par la femme, dont la disposition de l'article 5 du Code de commerce ne serait qu'une application particulière. Cette théorie se résume dans

cette question : la communauté, obligée par les actes de la femme, ayant agi en vertu du consentement exprès ou tacite de son mari, l'est-elle directement et principalement en ce sens qu'elle puisse être poursuivie aussi bien du chef de la femme que du chef du mari ?

La jurisprudence a été appelée à se prononcer dans deux espèces : dans la première, le mari et la femme étant tous deux personnellement obligés, le mari tombe en faillite et obtient un concordat ; le créancier, qui certainement pouvait poursuivre le montant total de sa créance contre la femme, pouvait-il aussi venir pour l'intégralité sur les biens communs ? dans la seconde, un créancier ayant pris jugement contre le mari et la femme, pouvait-il saisir les biens communs, alors que le jugement devenu définitif à l'égard de la femme, était frappé d'appel par le mari ? Si la jurisprudence reconnaissait la thèse que nous venons d'exposer, elle n'eut pas hésité à décider que, dans les deux cas, le créancier pouvait valablement saisir les biens communs du chef de la femme. Mais elle s'est divisée : le Tribunal de la Seine (1) et la Cour de Lyon (2) ont adopté cette opinion, tandis que la Cour de Paris (3) et la Cour de cassation (4) se sont prononcées en sens contraire. Il faut remarquer que les partisans de la thèse ne sauraient à vrai dire

(1) Paris, 5 août 1854, S. V. 1855. 2. 394.

(2) Cour de Lyon, 23 juillet 1858, S. V. 1859. 2. 617.

(3) Cour de Paris, 24 janvier 1855 et 21 juin 1855, S. V. 1855. 2. 81 et 394.

(4) Cassation Req., 17 janvier 1881, S. V. 1881, p. 126.

se prévaloir de l'arrêt de la Cour de Lyon qui, pour expliquer que la communauté est tenue du chef de la femme, a cru devoir s'appuyer sur cette idée que la communauté est un être moral, conception rejetée dans son principe et qui d'ailleurs devrait affranchir la communauté des dettes soit de la femme soit du mari. Mais de leur côté ils ne se croient pas condamnés par les décisions qui leur sont opposées, non seulement parce qu'elles sont déduites de principes qu'ils contestent, mais encore parce qu'elles ne seraient pas essentiellement incompatibles avec leur thèse. En effet, dans le cas du mari concordataire on pourrait admettre que la communauté est libérée avec le mari par un motif très spécial. On pourrait soutenir que le concordat « ayant pour but de remettre le failli à la tête de ses affaires, doit avoir évidemment un effet libératoire pour tous les créanciers à l'égard des biens qui composent la masse frappée du dessaisissement et la communauté forme souvent la partie la plus importante de cette masse (1) » De même, dans le cas d'appel interjeté par le mari seul, on pourrait prétendre que le mari met par cet acte de procédure à couvert d'une mesure d'exécution tous ses biens, « or ses biens comprennent non seulement son patrimoine personnel, mais aussi le patrimoine de la communauté (2) ».

Ces subtilités toutefois seraient inutiles en présence

(1) Lacoste, *Loco citato*.

(2) Laurent, *Princ. de droit civ.*, t. 22, n° 72.

du jugement favorable du Tribunal de la Seine qui appuie la thèse. Ses adversaires estiment cependant qu'il ne la justifie pas suffisamment. En décidant que les créanciers de la femme, dont le mari a bénéficié d'un concordat, peuvent, du chef de la femme, saisir les biens communs pour le montant intégral de leur créance, le Tribunal de la Seine aurait étendu arbitrairement la portée du principe de la thèse qu'il invoque. D'après elle la femme oblige la communauté parce qu'elle en est copropriétaire. De là il résulterait seulement pour ses créanciers un droit de saisie sur la part de communauté qui lui appartient ; comment justifier cette saisie si elle englobe plus de la moitié des biens communs ? Mais il y a plus : la femme n'est pas copropriétaire pure et simple, elle ne l'est que sous condition de son acceptation ; comment la vente des biens sur elle saisis, transférerait-elle à l'adjudicataire un droit définitif, alors que la femme n'a elle-même qu'un droit résoluble ? Est-il légitime de faire produire à un droit éventuel et partiel les effets d'un droit certain et entier ?

On arrive alors à constater que le pouvoir de la femme sur la communauté est indéterminé et précaire : « elle n'a, dit un auteur, pendant la durée de la société conjugale qu'un droit imparfait et bien incomplet ; elle est moins qu'un associé non administrateur dans une société ordinaire » (1). Et la critique atteint ici la thèse

(1) Rodière et Pont, t. II, n° 787.

jusque dans son fondement : elle oppose au droit impuissant de la femme les droits incontestés du mari, seul maître du fonds commun et elle demande si on peut admettre, sans enfreindre les principes essentiels en matière de communauté, que des tiers qui ne le représentent pas puissent mettre la main sur ce fonds commun.

Une aussi grave objection ne trouve pas ceux à qui elle s'adresse sans réponse. Le législateur, remarquent-ils, n'a pas été arrêté par cette considération lorsqu'il a mis les dettes de la femme, antérieures au mariage, et celles des successions mobilières qui pourraient lui échoir pendant le mariage, pour le tout à la charge de la communauté. Il n'en devait pas tenir compte davantage dans le cas qui nous occupe. D'ailleurs, une explication juridique est possible dans laquelle la saisie des biens communs au nom de la femme ne heurte pas l'autorité suprême du mari : « Il suffit de considérer le mari comme renonçant tacitement à ses droits sur les biens communs (1) » La pensée dernière du législateur s'éclairerait par le rapprochement des articles 1413 et 1555 du Code civil, dans lesquels l'autorisation maritale implique soit une renonciation à la jouissance de la communauté, soit une renonciation à la jouissance du mari lui-même.

Cette réplique est-elle décisive ? Il ne nous appartient

(1) Lacoste, *loco citato*.

pas de le rechercher, car pousser plus loin l'étude de cette théorie générale des effets de l'autorisation matrimoniale au point de vue de l'exécution des contrats passés par la femme, dépasserait le cadre de ce travail. Il nous suffit d'avoir fait ressortir les difficultés que soulève la théorie générale sous laquelle on veut ranger, pour l'interpréter, la disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, qui est l'objet de notre étude. Notre attention est par là mise en éveil de ne nous appuyer qu'avec circonspection sur un système si contestable. Et, en effet, si on rapproche l'article 5 du Code de commerce et l'article 1419 du Code civil, on est frappé de la différence de rédaction de ces deux articles ; les termes de l'un ne se superposent pas avec les termes de l'autre : tandis que l'article 1419 parle d'une poursuite possible sur les biens de la communauté d'abord et ensuite sur ceux du mari, l'article 5 porte que « la femme oblige le mari... ». Il semble que cette formule exprime autre chose que celle de l'article 1419 du Code civil ; tandis que celle-ci règle simplement une question d'exécution, celle-là paraît véritablement créer un lien entre le mari et les ayants-cause de la femme. Loin donc d'être une application de l'article 1419 du Code civil entendu, comme il a été exposé, l'article 5 du Code de commerce y dérogerait. Et si, pour échapper à cette conclusion, on objectait que les termes de l'article 5 du Code de commerce ne sont pas assez explicites pour mettre à la charge du mari une obligation personnelle, il serait

aisé de répondre qu'ils sont encore moins propres à faire penser qu'ils engendrent une obligation qui incombe directement à la communauté. Ainsi, en dernière analyse, la thèse qui considère le mari de la femme commerçante comme obligé en conséquence de la confusion de ses biens avec ceux de la communauté et parce que celle-ci a été directement engagée par les actes de la femme, qu'il a autorisée à cet effet, ne trouve ni dans les textes ni dans un système général incontesté une base inébranlable.

Nous avons épuisé les modes d'interprétation imaginés par la doctrine pour établir sur un fondement juridique l'obligation maritale édictée par les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce. De cette revue, il ressort que chaque école apporte à l'appui de son opinion des arguments très sérieux que peuvent combattre des raisons également graves et plausibles. En sorte que le résultat final de cette lutte est de mettre en pleine évidence l'incertitude des jurisconsultes sur la pensée du législateur. Ils ne tombent d'accord que sur un point, celui de l'existence de l'obligation maritale aux dettes commerciales de la femme ; mais ils se séparent quand il leur faut se prononcer sur la nature, les caractères, l'étendue de cette obligation. Si bien que, lorsqu'une femme entreprend le commerce, la situation de tous les intéressés dans les conséquences de ses actes est en quelque manière livrée à l'arbitraire des tribunaux. Que les juges adoptent, pour rendre leur sentence, le prin-

cipe de tel ou tel système, et ils peuvent décevoir étrangement les prévisions basées sur une jurisprudence antérieure. Nous avons relevé quelques-unes des hésitations de la jurisprudence sur des questions pratiques de la plus haute importance. Mais il y a plus : la Cour suprême n'est pas liée par ses arrêts et il pourrait survenir qu'estimant plus juridique un principe jusqu'alors rejeté, elle modifie les solutions consacrées ; nous avons, en effet, montré que la loi laisse, à cet égard, la plus grande latitude. Cet état de choses non seulement autorise une réforme de la loi, mais encore milite en sa faveur. Une loi qui n'offre pas à ses sujets la garantie d'un ordre certain demande, soit une modification, soit une amélioration par précision qui lui rende le caractère essentiel dont elle est dépourvue.

CHAPITRE IV

EFFETS A L'ÉGARD DU MARI, DE LA FEMME ET DES TIERS
DE LA DISPOSITION DES ARTICLES 220 DU CODE CIVIL
ET 5 DU CODE DE COMMERCE, QUI OBLIGE LE MARI
PAR LES ACTES DE LA FEMME COMMERÇANTE.

Les effets à l'égard du mari commun des engagements contractés par la femme marchande publique, ne sont pas précisés par la loi. La doctrine, comme nous l'avons montré dans le chapitre précédent, hésite sur le choix du principe, dont on pourrait, avec quelque certitude logique, les déduire ; elle propose des théories différentes qui graduent la mesure de l'obligation maritale dans des limites très larges. Sans qu'on puisse démontrer laquelle de ces théories donne la véritable interprétation de la loi, il est permis de penser qu'elles ne se présentent pas toutes également respectueuses de la volonté, il est vrai, incertaine du législateur. Les jugeant de ce point de vue, notre adhésion irait à celle qui considère l'obligation du mari de la femme commerçante, non comme une suite de l'autorisation qu'il est appelé à lui donner, mais comme une conséquence de la confusion de ses biens avec ceux de la communauté, engagée directement par les actes commerciaux de la femme. Nous réservons d'ailleurs de nous reporter à cette idée directrice, s'il en était besoin au cours de notre étude.

Mais celle-ci nous mène surtout à noter que la jurisprudence, sans être absolument fixée, penche à décider que le mari est obligé parce qu'il consent aux opérations commerciales de sa femme, qu'il paraît, de ce fait, appuyer le crédit de celle-ci auprès des tiers, qu'enfin il profite des résultats et qu'en conséquence ce n'est pas lui imposer une trop lourde charge que de le traiter en quelque manière comme caution solidaire des actes de sa femme. Car il nous importe d'ajouter aux quelques lignes éparses, dans lesquelles nous avons déjà dessiné la situation du mari de la femme commerçante, tous les traits nécessaires pour former un tableau de sa situation réelle. C'est à la pratique des tribunaux qu'il nous faut les emprunter, dussions-nous en soumettre les décisions à une critique doctrinale.

Nous passerons tout d'abord en revue celles qui touchent aux questions qui se présentent lorsque les époux sont communs ou lorsque, sans exclure le régime de communauté, ils l'ont adopté sous quelque modification. Nous examinerons ensuite celles qui peuvent être soulevées sous les autres régimes matrimoniaux.

Nous serons alors à même d'apprécier du point de vue personnel au mari le mérite de l'obligation qui lui est imposée par les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce. Mais pour porter sur elle un jugement définitif, il nous faudra rechercher quel retentissement elle peut avoir sur les intérêts des autres personnes, qui peuvent directement ou indirectement en

subir l'influence. La femme nous arrêtera la première, nous demandant si elle recueille avantage ou désavantage de l'obligation dont elle est cause pour son mari. Nous passerons ensuite aux créanciers respectifs de la femme et du mari qui, soit dans leurs rapports avec leur débiteur soit dans leurs rapports entre eux, rencontrent l'obligation maritale tantôt comme une aide, tantôt comme un obstacle à leurs prétentions. Alors seulement nous aurons réuni les données qui nous permettront d'exprimer en connaissance de cause le vœu de voir le législateur de l'avenir porter son attention sur la disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce qui nous occupe.

SECTION I. — Effets à l'égard du mari sous les différents régimes matrimoniaux.

§ 1. — Régimes de communauté.

1^o Régime de communauté légale.

Soit que les époux aient adopté expressément le régime de communauté soit qu'ils se soient mariés sans contrat, l'autorisation que le mari pourra donner à sa femme de devenir marchande publique aura à son égard cet effet certain de l'obliger à l'exécution de tous les actes par lesquels la femme se sera constituée débitrice. L'existence de cette obligation à sa charge est affirmée par l'article 5 du Code de commerce qui n'est que la ré-

pétition, au siège de la matière, du principe posé par l'article 220 du Code civil, lequel décide que si la femme est marchande publique elle peut sans l'autorisation de son mari s'obliger pour ce qui concerne son négoce et que « au dit cas elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux ». Elle est confirmée par les termes de l'article 1426 du Code civil qui, déniait en principe à la femme le pouvoir d'obliger les biens de la communauté sans le consentement du mari, le lui accorde sous la forme restrictive : « Si ce n'est lorsqu'elle contracte comme marchande publique et pour le fait de son commerce. »

Il ne saurait donc y avoir de doute sur la naissance de cette obligation dans les conditions requises. La difficulté, nous le savons déjà, consiste à fixer la mesure de cette obligation. Les jurisconsultes de notre ancien droit penchaient à considérer dans ce cas la responsabilité du mari comme gravement engagée ; nous avons rappelé qu'ils poussaient la sévérité jusqu'à le soumettre au procédé rigoureux d'exécution de la contrainte par corps. Cet esprit anime encore la jurisprudence.

Partant de cette idée que le mari est tenu personnellement et directement des dettes de sa femme commerçante, elle est conduite non seulement à le grever de la même manière que la femme l'est elle-même sur tous ses biens mobiliers, présents et futurs, pour l'intégralité des dettes de celle-ci, mais encore à lui imposer quelquefois de payer aux créanciers commerciaux de sa

femme au delà de ce qu'ils peuvent réclamer de cette dernière. Nous avons relevé plus haut cette décision de la Cour de Paris (1) qui refuse au mari le bénéfice de la remise, stipulée dans le concordat obtenu par sa femme commerçante. Elle est une application logique, quoique blessante, du système admis par la jurisprudence et lorsqu'on la rapproche de la faculté concédée aux créanciers commerciaux de la femme de poursuivre le mari pour le montant intégral de leur créance, même après la dissolution de la communauté, on voit la tendance des tribunaux à assurer le complet effet de la responsabilité maritale.

Si elle ne s'affirme pas jusqu'à faire traiter le mari tout à fait en commerçant, du moins elle se manifeste encore dans une certaine suspicion à l'égard des actes du mari de la femme commerçante. On le considère volontiers comme exerçant véritablement le commerce sous le couvert de sa femme dans le but d'échapper aux conséquences les plus graves de la qualité de commerçant. Aussi la moindre intervention effective dans l'établissement commercial de sa femme lui est-elle imputée comme découvrant cette sorte de fraude. A-t-il dirigé la comptabilité, fait quelques actes ou participé à quelques paiements, on verra dans ces actes, peut-être isolés, une volonté non douteuse d'exploiter le fonds en commun et on reportera sur lui les charges professionnelles

(1) Paris, 19 février 1845.

c'est-à-dire qu'on le soumettra à la compétence consulaire et s'il y a lieu on le frappera d'un jugement de faillite (1).

La jurisprudence s'inspire de la même pensée de rigueur à l'égard du mari lorsqu'elle est appelée à apprécier les faits, qui révèlent le consentement tacite du mari, commun en biens, à l'exercice par la femme d'une profession commerciale, consentement qui est la condition nécessaire et suffisante de son obligation aux engagements contractés par cette dernière. On ne discute pas, en effet, la question de savoir si ce consentement doit être exprès. L'article 4 du Code de commerce n'ayant pas reproduit les termes précis de l'article 217 du Code civil, il est évident qu'il suffit que le mari connaisse l'état que la femme a embrassé et qu'il ne s'y oppose pas (2) pour être à découvert. Toutefois on aurait pu exiger pour fonder l'autorisation tacite que le mari ait eu une connaissance spéciale, précise et particulière de chacune des opérations d'où naissent les obligations de la femme. Non seulement on a rejeté cette manière de voir, étroite il est vrai, mais encore on juge suffisante la connaissance la plus vague et la plus indirecte. On n'a pas pensé, par exemple, que le fait de vivre séparé de sa femme fut pour le mari une preuve valable de son ignorance des opérations commerciales de la

(1) Paris, 12 août 1873.

(2) Delvincourt, *Inst. de dr. com.*, t. II, p. 5; Toullier, *Dr. civ. français*, t. XII, n° 240.

femme (1). Le Tribunal civil de la Seine a par jugement du 19 novembre 1898 condamné, comme tenu aux termes des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, un mari qui avait autorisé sa femme à accepter une succession dont l'actif comprenait des droits dans une société commerciale, dont le *de cujus* avait fait partie et qui, ne devant pas être dissoute par sa mort, continuait entre l'associé survivant et les héritiers du prédécédé (2). Ces décisions montrent bien le parti pris de la jurisprudence, dans un but de protection pour les tiers, de ne pas diviser volontiers les intérêts si intimement liés des époux communs.

Cette connexion d'intérêts existant, que le mari soit majeur ou mineur, il est naturel que même au dernier cas il soit obligé par les actes commerciaux de sa femme. C'est en vue de cette considération qu'on a repoussé l'objection qui faisait valoir que dans cette hypothèse la femme est habilitée à proprement parler par une autorisation de justice et non par un consentement marital ; elle l'est, en effet, dès qu'on remarque que l'intervention de la justice s'exerce précisément sur la valeur de ce consentement marital, affirmant ainsi son existence, c'est-à-dire la condition d'application de l'article 5 du Code de commerce. Il faut remarquer, en outre, que les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce,

(1) Trib. comm. Seine, 29 mars et 30 juin 1859. *Mémorial du commerce*, 1860. 2. 222.

(2) Journal *Le Droit*, 15 avril 1899.

aucune autre disposition légale ne font de distinction à l'égard de la capacité juridique du mari. Aussi semble-t-il que la jurisprudence eût été fondée en droit à décider que le fait par le mari d'être pourvu d'un conseil judiciaire ne doit entraîner aucune dérogation ou restriction aux effets de son autorisation (1). S'inclinant devant un principe à ses yeux plus général, elle exonère le prodigue marié des conséquences de l'article 5 du Code de commerce ou plutôt elle lui refuse la possibilité de les encourir en ne lui permettant pas d'autoriser sa femme à devenir marchande publique. Elle estime que, ne pouvant personnellement faire le commerce, car l'autorisation générale et indéfinie qu'il devrait obtenir à cet effet de son conseil le dispenserait en réalité de recourir à son assistance, il ne peut davantage consentir à ce que sa femme devienne commerçante, puisque, ce faisant, il l'autoriserait à faire ce qu'il ne peut faire lui-même (2).

Nous ralliant aux auteurs qui dans la doctrine adoptent une solution opposée à celle de la jurisprudence, nous critiquons cette dernière à un double point de vue : elle ajoute d'abord aux incapacités du prodigue, limitativement énumérées par la loi et ensuite, la justice ne pouvant suppléer le consentement du mari (3), elle crée également une incapacité pour la femme du prodigue, qui ne pourra entreprendre un commerce. La

(1) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, t. I, n° 259 bis.

(2) Paris, 13 novembre 1866, D. 1866.2.245.

(3) Lyon-Caen et Renault, I, n° 250 bis et note 2, p. 260.

mansuétude de la jurisprudence en cette occasion ne paraît donc pas heureuse.

La jurisprudence fait retour à son principe de rigueur en laissant le bénéficiaire d'un billet, signé par une femme commerçante, invoquer contre le mari la présomption contenue dans l'article 638 du Code de commerce en vertu de laquelle tout billet émis par un commerçant est supposé avoir une cause commerciale. Le mari peut ainsi se voir obligé par des billets dont il est dans l'impossibilité de prouver la non-commercialité bien que, d'autre part, aucun signe ne révèle nettement leur caractère commercial. C'est ce qui ressort d'un arrêt rendu dans des circonstances d'apparence favorable au mari, puisque celui-ci pouvait arguer de la nature équivoque des opérations ayant eu lieu entre sa femme et le bénéficiaire des billets (1). Voilà, semble-t-il, mise en pleine lumière la périlleuse situation à laquelle s'expose un mari lorsqu'il autorise sa femme à devenir marchande publique. Que celle-ci crée, par une complaisance coupable, des billets causés valeur en marchandises et tout le patrimoine commun et la fortune personnelle du mari peuvent être compromis ! Lorsque la femme est devenue commerçante n'est-ce pas elle qui, à vrai dire, tient en ses mains le sort de la communauté et du mari ? Quelle autre raison un mari aurait-il besoin d'invoquer pour opposer à sa femme un refus catégorique

(1) Cassation, 23 janvier 1854, S. V. 1854.1.193.

de l'autoriser à mettre en œuvre ses capacités commerciales ?

Il doit d'ailleurs redouter d'autant plus les conséquences à son égard des actes commerciaux de sa femme, que la jurisprudence lui enlève, quant à leur appréciation, la garantie des tribunaux de droit commun. Elle lui refuse, en effet, le droit de décliner la compétence du tribunal de commerce, lorsqu'il est assigné en même temps que sa femme pour l'exécution des obligations de celle-ci. Longtemps elle s'est prononcée avec ensemble en ce sens (1). Mais il faut noter quelques décisions divergentes assez récemment rendues (2), qui estiment que l'obligation du mari n'a aucun caractère commercial attendu qu'elle repose sur la combinaison de ces deux principes, à savoir : 1^o que la femme peut, comme copropriétaire du fonds commun, engager la communauté avec le consentement de son mari ; 2^o que le mari est, comme chef de la communauté, tenu de toutes les obligations dont celle-ci est grevée. Le Tribunal de Toulouse (3), réagissant encore plus vivement, déclare que le créancier de la femme ne peut bénéficier contre le mari de la compétence commerciale qu'à charge de prouver que le mari est personnellement associé au

(1) Trib. comm. Seine, 15 juin 1852, *Journ. des trib. de commerce*, 1852, p. 267 ; Paris, 28 janvier 1856 et 31 janvier 1857, *id.*, 1856, n^o 1725, p. 22 et 1857, n^o 2064, p. 155.

(2) Rennes, 15 mars 1884, *Gaz. du Palais*, numéro du 21 janvier 1885 ; Paris, 25 janvier 1895, D. 1895.2.230.

(3) Toulouse, 29 novembre 1894.

commerce de sa femme, ne considérant d'ailleurs pas comme une preuve suffisante de ce fait l'inscription du mari sur le rôle des patentes. Cette nouvelle direction de la jurisprudence nous paraît devoir la ramener à la réalité juridique (1). Une obligation civile ne devient pas commerciale à raison de ses attaches avec une obligation commerciale. On sait que le cautionnement d'une obligation commerciale constitue une obligation civile, dont la contestation donnerait lieu par suite à une instance civile (2). D'une façon générale le tribunal de commerce n'est donc pas compétent à l'égard des personnes tenues d'une obligation civile se rapportant à une obligation commerciale. Il n'y a d'exception dans nos lois qu'en matière de billets à ordre (art. 636 et 637, C. com.) et de chèques (Loi du 14 juin 1865, art. 4).'

On a invoqué contre le système que nous préconisons une difficulté pratique : le créancier se trouvera dans la nécessité d'assigner le mari avec la femme devant le tribunal de commerce à fin d'autorisation et de citer le mari séparément devant le tribunal civil pour obtenir jugement contre lui personnellement. Le créancier échappera sans peine à cet inconvénient en déposant des conclusions à fin de jonction des deux causes, vu leur connexité, devant le tribunal civil compétent comme

(1) Nougier, t. I, n° 263 ; Bravard et Demangeat, t. I, p. 108-110 ; Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 262 ; Delamarre et Lepoitvin, t. I, n° 68.

(2) Cass., 16 mai 1866, *J. Pal.* 1866, 747, S. 1886.1.279 ; Dijon, 23 novembre 1881, S. V. 1882.2.75.

tribunal de droit commun. C'est donc sans léser aucun intérêt que cet adoucissement pourrait être apporté à la situation du mari de la femme commerçante.

Cette concession n'empêcherait pas qu'il fût encore assez durement traité pour, lorsqu'il n'a pas l'énergie de refuser à sa femme son consentement à ce qu'elle devienne marchande publique, être poussé à chercher un moyen juridique de se dérober aux effets de son autorisation. La jurisprudence ne refuse pas en principe cette ressource au mari de la femme commerçante, car elle ne voit pas dans l'obligation du mari une règle d'ordre public à laquelle il ne puisse être dérogé. Mais elle le réduit à ne pouvoir y recourir que dans une forme irréalisable en fait, c'est-à-dire qu'elle met à sa disposition un remède inutile. Tout d'abord, en effet, elle juge insuffisante la clause insérée dans l'acte écrit d'autorisation, stipulant que la femme fera le commerce « à ses risques et périls ». Et pour baser cette décision elle argue de ce que, l'autorisation maritale pouvant être tacite, les créanciers de la femme n'ont pas à se faire représenter l'acte d'autorisation, dont ils sont par suite en droit d'ignorer les clauses restrictives (1). En présence de ce motif on devrait conclure à la validité de ces clauses à l'égard des créanciers qui en auraient eu connaissance (2). Pourtant la Cour de Paris ne les a pas reçues comme opposables même aux tiers sur la de-

(1) Agen, 9 janvier 1856, Dalloz, 1856.2.73.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de dr. comm.*, t. I, n° 259.

mande desquels l'autorisation avait été consentie et qui étaient demeurés détenteurs de l'acte d'autorisation, sans toutefois y avoir été parties et avoir renoncé à la responsabilité du mari (1). Des décisions antérieures moins radicales avaient soustrait le mari à la responsabilité qu'il encourt en vertu de l'article 5 du Code de commerce lorsqu'ayant pris des mesures de publicité, il établissait que les tiers avaient eu connaissance de son refus de répondre des engagements de sa femme (2). Mais il semble qu'aujourd'hui le mari ne doive pas compter sur la voie des journaux pour échapper aux effets de son obligation, s'il n'a pas obtenu du cocontractant de sa femme une renonciation à se prévaloir contre lui des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce. Assurément cette renonciation pourrait s'induire des circonstances, mais la difficulté d'une pareille preuve égale presque celle de se procurer une renonciation expresse, si bien que l'on peut dire en conséquence que le mari tombe sous le coup des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce dès qu'il autorise, fût-ce tacitement, sa femme à devenir marchande et qu'il ne peut arrêter les suites de cette autorisation qu'en la révoquant.

La jurisprudence tient donc une main très ferme à l'application des articles 220 du Code civil et 5 du Code

(1) Paris, 19 juin 1869, Dalloz, 1869.2.247.

(2) Paris, 27 janvier 1860, *Mémorial du comm.*, 1860.2.409 ; Paris, 22 avril 1863, *Journal des trib. de comm.*, t. 13, p. 24, n° 4516.

de commerce, en tant qu'ils obligent la communauté et le mari à l'exécution des contrats commerciaux de la femme. Nous avons même plusieurs fois blâmé l'extension qu'elle a donnée à la coobligation de la communauté et du mari. En revanche, elle a reculé devant une conséquence extrême qui ne nous effraie pas, car elle nous paraît conforme à la loi : celle de maintenir cette coobligation lorsque la femme est engagée, non plus par ses contrats, mais par ses délits ou ses quasi-délits. La Cour de cassation (1) décide que cette obligation n'a de base ni dans les articles 1383 et 1384 du Code civil, ni dans l'article 1426 du Code civil : d'une part, elle écarte l'article 1383 du Code civil, parce que la femme, dans l'hypothèse où elle fait un commerce distinct et séparé, n'est pas la préposée de son mari et la disposition exceptionnelle de l'article 1384 du Code civil, parce que celle-ci ne citant pas le mari comme responsable du dommage causé par sa femme ne saurait lui être appliquée par analogie ; d'autre part, elle repousse l'article 1426 comme ne pouvant fonder une responsabilité du mari pour des actes illicites, dont la cause n'est pas nécessairement commerciale et qui ne sont jamais par eux-mêmes des actes de commerce.

Avec la Cour suprême nous ne pensons pas que le principe de la coobligation de la communauté et du mari doive être cherché dans les articles 1383 et 1384

(1) Cass., 8 juillet 1872, D. 1873.1.33.

du Code civil. Cette thèse a cependant été soutenue et se prévalait d'un arrêt de la Chambre des requêtes du 23 décembre 1818, statuant, il est vrai, sur l'hypothèse spéciale d'un délit de police rurale. Nous ne tirerons pas non plus argument de ce que les faits de banqueroute (1) de la femme ou ses fraudes en vue de bénéfices illicites compromettent la communauté et le mari, parce que les dommages-intérêts sont, dans ces cas, réellement dus en conséquence des contrats de la femme. Mais nous croyons que l'article 1426 du Code civil implique la coobligation de la communauté et du mari aux conséquences des délits et quasi-délits commis par la femme dans l'exercice de son commerce. Pas plus que les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, il ne fait de distinction entre la nature des actes par lesquels la femme marchande publique engage son mari (2). Il ne saurait avoir une portée moins étendue parce que le législateur n'y parle que de la femme qui « contracte ». « Contracter » est souvent dans les textes synonyme de « obliger » c'est-à-dire que ce verbe se réfère aussi bien aux délits et aux quasi-délits qu'aux contrats et aux quasi-contrats : il a certainement ce sens large dans les articles 14 et 1409-2° du Code civil. Or si l'article 1426 du Code civil vise toutes les obligations de la femme marchande publique, il comprend celles qui résultent de ses délits ou de ses quasi-

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, t. II, n° 921.

(2) Bravard-Veyrières et Demangeat, t. I, p. 108, note 1

délits. Sans doute, comme le fait judicieusement remarquer la Cour de cassation, le délit ou le quasi-délit n'est jamais un acte de commerce et il peut n'avoir pas une cause commerciale ; mais si des circonstances il appert que le délit ou le quasi-délit n'aurait pu être commis par la femme sans l'occasion qui lui en a été fournie par sa profession, l'obligation qui naît d'un tel délit ou quasi-délit revêt immédiatement un caractère commercial en vertu de la théorie de l'accessoire (1). Comment dans ces conditions ne pas la faire réfléchir contre le mari ?

Cette théorie aggrave encore la situation du mari de la femme commerçante, car elle a pour conséquence de l'engager avec la communauté soit à raison d'une imprudence de sa femme soit à raison des faits de concurrence déloyale dont celle-ci se rendrait coupable.

Bien que la jurisprudence ne s'avance pas jusque-là, nous avons constaté cependant que le mari commun a trop de motifs pour ne pas craindre les effets de l'autorisation par laquelle il permet à sa femme de devenir marchande publique. Surtout nous devons remarquer qu'il se trouve toujours dans cette alternative catégorique : s'exposer à une responsabilité générale et indéfinie à l'égard des actes commerciaux de la femme ou bien briser l'activité de celle-ci par un refus absolu de l'habiliter à faire le commerce. Pour lui, aucune transaction

(1) Lyon-Caen et Renault, t. I, nos 260 et 177.

possible entre les motifs de raison qui l'excitent à concéder cette autorisation et le souci des intérêts communs et des siens propres, qui lui défend de l'accorder.

2^o Régimes de communauté conventionnelle.

A. — Communauté réduite aux acquêts.

Le mari n'échappe pas à cet embarras, lorsqu'au lieu d'avoir adopté purement et simplement le régime de communauté légale, il est soumis par son contrat au régime de la communauté réduite aux acquêts. Soit, en effet, qu'il autorise sa femme à continuer le commerce qu'elle avait commencé avant le mariage, soit qu'il consente à une entreprise nouvelle, il expose la communauté et lui-même à tous les risques qui le menaceraient sous le régime de droit commun. La règle générale des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce qui oblige le mari par les actes de sa femme marchande lui est applicable à la lettre, puisque ce régime particulier est encore un régime de communauté. Elle s'impose aussi à lui rationnellement, puisque sous ce régime existe entre les époux ce fonds commun où leurs intérêts sont unis.

Toute la série des effets que, sous le régime de communauté légale, peuvent produire contre le mari les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce précise donc également la coobligation du mari sous le régime de l'hypothèse, du moins lorsque la femme devient commerçante après le mariage. Lorsqu'au contraire elle

continue après le mariage l'exploitation du fonds qu'elle gèrait auparavant, l'adoption du régime de communauté réduite aux acquêts nous paraît aggraver la position du mari. Supposons d'abord que le fonds de commerce de la femme et les marchandises qui le composaient au moment du mariage ont été portés à l'inventaire, requis par l'article 1499 du Code civil. Il est évident que le mari bénéficiera de cette formalité, se trouvant par elle exonéré du paiement de toute dette commerciale de la femme née avant le mariage (1). Mais d'autre part le mari sera engagé par toutes les obligations contractées par la femme à l'occasion de son commerce depuis le mariage, sans conserver l'avantage, dont il jouirait sous le régime de communauté légale, de trouver dans la communauté au moment du partage la valeur du fonds de commerce et des marchandises existantes au jour du mariage. Ces biens sont des propres de la femme à la restitution desquels elle a droit.

Si l'on suppose maintenant que l'inventaire ait été omis, le mari sera tenu même des dettes commerciales de la femme antérieures au mariage, sauf récompense, il est vrai, mais sans aucun espoir encore de partager l'actif commercial de la femme. La jurisprudence soutient, en effet, que les objets d'un fonds de commerce sont par eux-mêmes suffisamment distincts et séparés des autres objets composant le mobilier des époux, pour

(1) Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. V, § 522 et 523, p. 464.

que la simple constatation au contrat d'un fonds de commerce tiennent lieu d'un état, en ce qui les concerne, si le fonds n'a pas changé de nature, ni d'objet, ni cessé d'être géré par la femme (1).

B. — Clause de réalisation.

Le tort que cause au mari de la femme commerçante l'adoption du régime de communauté réduite aux acquêts, le frappe aussi quand intervient dans le contrat une clause de réalisation du fonds de commerce exploité par la femme lors du mariage.

D'abord si la réalisation du commerce de la femme n'est pas le résultat d'une clause générale de réalisation de son mobilier, mais l'effet d'une réalisation à titre particulier, le mari sera soumis au droit de poursuite, même pour les dettes antérieures au mariage.

Ensuite par quelque mode qu'ait eu lieu la réalisation, le mari sera coobligé, en vertu des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, aux dettes contractées après le mariage, et la femme conservera toujours la propriété exclusive de son fonds de commerce. Selon nous, le mari n'aurait même pas droit, à la dissolution du mariage, à la plus-value du fonds de commerce. Il nous semble, en effet, que les termes absolus de l'article 1500 du Code civil n'autorisent pas la distinction que, en matière de réalisation, la jurisprudence (2) a faite

(1) Paris, 23 février 1835, Dalloz, 1835.2.32.

(2) Cass., 5 novembre 1860, Dalloz, 1861.1.83.

entre les choses consommables ou non, celles-là pouvant n'être restituées que pour leur valeur au jour du mariage, celles-ci devant être restituées en nature. Et si cette distinction était fondée, nous déciderions qu'un fonds de commerce est une chose non consommable, un droit incorporel, distinct et séparé des choses corporelles et consommables qui le constituent, et qu'en conséquence, le mari en doit la restitution intégrale à la femme à la dissolution de la communauté.

Pour le même motif, le mari n'aurait même pas le faible avantage de pouvoir présenter à ses créanciers personnels, comme un gage pour eux, l'actif commercial de sa femme : il est tout entier à l'abri de leurs poursuites.

La clause de réalisation semble donc nuisible aux intérêts du mari.

C. — Stipulation que la totalité de la communauté
appartiendra à l'époux survivant.

Dans ce cas de communauté conventionnelle le mari de la femme commerçante serait obligé en vertu des règles mêmes de la communauté légale. Cette clause n'apporte, en effet, au régime de droit commun aucune modification, pendant la durée du mariage ; notamment elle conserve au mari le droit de disposer de l'actif commun : par réciprocité, il reste évidemment tenu des dettes qui tombent dans la communauté du chef de la femme commerçante.

A la dissolution du mariage aucune difficulté ne peut se produire. Si le mari survit, recueillant toute la communauté, il est tenu forcément du passif et des dettes de sa femme marchande, qui y figurent. Si la femme survit : ou elle renoncera à la communauté et la charge des dettes commerciales incombera à la succession du mari ; ou elle acceptera la communauté et devra récompense pour les dettes commerciales payées des deniers personnels du mari (1).

§ 2. — Régimes exclusifs de communauté.

Il semblerait que sous l'empire des régimes matrimoniaux, dits exclusifs de communauté, les actes de la femme commerçante ne sauraient réfléchir contre le mari sans violer la lettre des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, qui n'édicte la coobligation du mari que pour le cas de communauté. Telle était l'opinion de Bourjon : « Les engagements de la femme marchande publique, dit-il, réfléchissent pour le tout contre son mari, lorsqu'il est en communauté avec elle.

« S'il n'y avait pas de communauté de biens, le mari ne serait tenu d'aucune action... pour raison des engagements contractés par sa femme marchande publique... ce n'est que la communauté qui peut faire réfléchir de tels engagements contre le mari ; ainsi où il n'y a pas de communauté, il ne peut être tenu (2). » Mais l'inter-

(1) Bédarride, *Des commerçants*, n° 134, p. 159.

(2) Bourjon, *Droit commun de la France*, I, p. 585.

prétation littérale des textes n'exprimant pas toujours leur sens véritable et complet, des auteurs et la jurisprudence ont cru pouvoir la négliger dans la question qui nous occupe. Ils ont étendu hors du régime de communauté la portée des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce. Le mari n'échappe donc pas, à leur avis, par la seule adoption d'un régime exclusif de communauté, celui de séparation de biens excepté, à toute responsabilité à l'égard des engagements commerciaux de la femme. Nous allons rechercher dans quelles conditions et dans quelle mesure, ils lui font supporter encore cette charge, afin de mettre en lumière tous les dangers qui, dans la pratique, menacent le mari qui autorise sa femme à devenir marchande publique. Nous critiquerons, il est vrai, ces théories, qui ne se rattachent pas avec la précision désirable aux textes, nous contentant d'établir que, même avec une interprétation restrictive des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, le mari empire sa situation lorsqu'il autorise sa femme à faire le négoce.

1° Régime sans communauté.

Nous savons que la jurisprudence s'efforce de régler ses décisions, en ce qui concerne l'obligation du mari aux dettes commerciales de la femme, sur ce principe d'équité, que celui-là doit être tenu des charges qui profite des avantages. Pour être conséquente avec elle-même elle ne peut donc grever le mari d'une responsa-

bilité à l'égard des créanciers commerciaux de la femme, que si elle adopte par ailleurs une théorie qui, sous le régime sans communauté, permette au mari de gagner les bénéfices commerciaux réalisés par la femme. Et, en effet, avec certains auteurs (1) elle pense que les bénéfices commerciaux sont des fruits, des revenus produits par le fonds de commerce appartenant à la femme, et qu'à ce titre, ils doivent être attribués en totalité et définitivement au mari par application de l'article 1530 du Code civil. Ce point de vue admis, elle est fondée à recourir au principe de la corrélation de l'actif et du passif pour juger que le mari est tenu des engagements commerciaux de la femme (2).

Les partisans de ce système le fondent d'abord sur cette remarque que les bénéfices commerciaux enferment ces deux caractères distinctifs des fruits, d'être des produits de la chose, du fonds de commerce et des produits susceptibles d'être périodiquement recueillis. Ils constatent ensuite que ces bénéfices commerciaux ne sauraient en aucune façon entrer dans la catégorie des biens auxquels l'article 1531 du Code civil fait allusion en parlant de « mobilier qui échoit aux époux » puisque cette formule, ainsi qu'il résulte d'autres textes, ne comprend que les successions, les donations et les legs. Ils

(1) Duranton, t. II, n° 480 ; t. XV, n°s 259 et 295 ; Delvincourt, *Inst. de Dr. comm.*, t. I, p. 6, note 5 ; t. II, p. 7 ; Bédarride, t. I, n°s 132 et 133.

(2) Trib. de la Seine, 17 décembre 1869, *Journal le Droit*, 18 décembre 1869 ; Cass., 13 février 1884, *Sir.* 1886. 1. 25 et la note.

concluent en conséquence que; seul l'article 1530 du Code civil fixe le sort des bénéfices commerciaux de la femme, que le mari les perçoit donc sans en devoir la restitution à la dissolution du mariage. Et comme il serait inique que le mari recueille les gains commerciaux de la femme sans avoir à subir les pertes commerciales, ils maintiennent la coobligation maritale que l'article 5 du Code de commerce ne paraissait pas édicter pour le régime sans communauté.

Cette solution doit nous arrêter particulièrement parce qu'elle est appliquée dans la pratique. Or elle place le mari dans une situation plus critique que celle du mari commun : le mari commun qui a payé toutes les dettes commerciales de sa femme a un recours pour moitié contre celle-ci ; le mari non commun doit seul faire face au désastre commercial de sa femme ; comme il avait l'espérance de tous les profits, il porte seul le fardeau des pertes. Aussi lorsque les époux auront adopté le régime sans communauté, la prudence la plus élémentaire imposera au mari la nécessité de refuser à sa femme l'autorisation d'entreprendre un commerce. Il est vrai que la femme sera peu empressée à demander une telle autorisation, n'ayant rien à gagner.

Ce résultat ne se produirait pas si la jurisprudence revenait sur l'erreur où elle est, en classant comme fruits les bénéfices commerciaux. La loi, à notre avis, ne comprend pas les produits du travail de l'homme dans la détermination limitative qu'elle a faite des fruits

(art. 583 et 584, C. civ.); elle sépare nettement, dans l'article 1498 du Code civil, les acquêts consistant en fruits et revenus et ceux provenant de l'industrie des époux; cette même distinction est consacrée par l'article 387 du Code civil qui soustrait à la jouissance légale des père et mère les biens que les enfants ont acquis par un travail et une industrie séparés; les bénéfices commerciaux ne sont donc pas des fruits, mais des capitaux.

Certains des auteurs qui approuvent cette conclusion la concilient avec l'obligation du mari aux engagements commerciaux de la femme, dans un système qui est plus favorable au mari que celui de la jurisprudence. Assimilant les bénéfices du commerce à des capitaux mobiliers qui échoient à la femme pendant le mariage (art. 1531, C. civ.), ils soutiennent que le mari, qui ne les perçoit qu'à charge d'en rendre compte, est tenu envers les créanciers commerciaux, mais seulement jusqu'à concurrence de ce qu'il a perçu (1).

On a objecté à cette théorie les difficultés pratiques à surmonter pour l'appréciation du *quantum* perçu par le mari. Mais on a répondu à l'observation, en indiquant qu'à défaut d'une constatation par acte authentique des sommes touchées par le mari, on trouverait des données précises dans les livres de commerce de la femme, et que faute par le mari d'exiger leur tenue régulière, son obligation s'étendrait aussi loin qu'en cas de communauté.

(1) Pardessus, *Droit comm.*, t. I, p. 92; Molinier, *Droit comm.*, t. I, p. 159; Alauzet, *Commentaire du Code de commerce*, t. I, p. 84.

On n'a pas non plus opposé un argument décisif aux partisans de cette théorie en invoquant l'article 1499 du Code civil, pour démontrer que l'article 1531 du Code civil est inapplicable aux bénéfices du commerce. Sans doute, l'article 1498 les distingue du mobilier échu aux époux par succession, donation ou legs, mais cette disposition est écrite pour le régime de communauté ou légale, ou conventionnelle, et perd toute valeur sous le régime sans communauté.

La thèse ne fléchit pas encore sous cette critique, qui montre le mari contraint de restituer à la femme les biens dotaux avant la dissolution du mariage ou la séparation de biens, car cette hypothèse se réalise toutes les fois que la femme autorisée a contracté des obligations dont les bénéficiaires poursuivent l'exécution sur les biens dotaux.

Pour la réfuter, il faut rappeler les principes généraux du régime matrimonial dont nous raisonnons. Jamais, sous le régime sans communauté, le mari n'est tenu sur ses biens personnels des obligations contractées par sa femme avec son autorisation : l'article 1419 du Code civil ne s'adapte pas à ce régime par défaut du motif qui l'explique dans l'état de communauté. A plus forte raison, ne peut-on y transporter la même règle telle qu'elle est aggravée par l'article 5 du Code de commerce. Autrement dit, il faut admettre les raisons qui fondent cette thèse et modifier sa conclusion. Il faut soutenir avec la

majorité des auteurs (1) que les bénéfices commerciaux de la femme sont des capitaux, que le mari ne les peut percevoir qu'à la liquidation du commerce, et que par suite, durant l'exploitation, comme il est étranger aux bénéfices, il sera étranger aux dettes. Mais, lorsqu'à la cessation du commerce, les bénéfices commerciaux de la femme sont réalisés et capitalisés, le mari est saisi de leur administration et exerce sur eux son droit de jouissance ordinaire. Si, à ce moment, un engagement pris à l'occasion du négoce de la femme ne se trouvait pas exécuté, le mari devrait y faire droit dans la mesure des produits du commerce par lui perçus.

Au point de vue pratique, la dernière théorie se confond avec celle que nous croyons résulter des textes. Le mari qui autorise sa femme ne souffre d'autre inconvénient que de perdre l'administration et la jouissance des biens que, le plus souvent, il abandonne à sa femme, pour l'exercice même du commerce ou de ceux qui seront employés au paiement des dettes nées de ce commerce.

En résumé, sous le régime sans communauté, le mari court réellement les risques du commerce auquel se livre la femme, pour toutes les pertes possibles dans le système de la jurisprudence, et pour une diminution de valeur de cette sorte d'usufruit qu'il a sur les biens de la femme dans tout autre système.

(1) Toullier, t. II, n° 254 ; Aubry et Rau, t. V, § 531, p. 515 et s. ; Lyon-Caen et Renault, t. I, n° 264 ; Boistel, *Cours de droit com.*, n° 100 *ter*.

2° Régime dotal.

Nous avons déjà laissé entrevoir que nous repoussons toute coobligation du mari, sous quelque forme que les époux aient adopté le régime dotal. Les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce usent, à notre avis, d'une formule impérative qui lie étroitement l'interprète de la loi. Et celui-ci est d'autant plus fort pour s'y tenir fermement attaché que les principes différents du régime de communauté et du régime dotal commandent, au point de vue rationnel, des solutions distinctes sur cette question. L'autorisation maritale n'a pas, en général, pour effet de créer une obligation à l'égard du mari dotal, comme elle la fait naître contre le mari commun ; en outre, le mari dotal détient les biens de la femme en vertu d'un droit propre et exclusif, comme celui d'un usufruitier, tandis que le mari commun les détient par le fait d'une sorte d'indivision où ses droits de copropriétaire dominant, il est vrai, ceux de la femme, mais ne les annihilent pas. Lorsque, sous le régime de communauté, le mari se trouve obligé, il l'est par suite de l'indétermination réciproque des droits de la femme et des siens sur les biens communs ; s'il devait l'être sous le régime dotal, il le serait par un retour de la femme sur des droits qui auraient cessé de lui appartenir, ce qui constituerait une violation des droits acquis au mari.

La doctrine n'est pourtant pas unanime à reconnaître avec nous que les textes et la constitution organique du régime dotal excluent la possibilité d'une coobliga-

tion du mari aux engagements contractés par la femme dans l'exercice du commerce qu'il a autorisé. Elle ne soulève aucune difficulté pour le cas où la femme fait le commerce avec des biens paraphernaux, soit que celle-ci continue le commerce déjà exploité, l'ayant exclu de sa dot ainsi que les acquisitions pouvant en résulter, ou par une constitution de biens déterminés, ou par une constitution de biens à venir, soit qu'elle ait entrepris le commerce après le mariage, s'étant constitué en dot tous ses biens présents. Dans ces hypothèses, en effet, la situation des époux à l'égard du commerce de la femme est assimilable à celle où les placerait la séparation de biens.

Les controverses apparaissent lorsque la femme n'a point pris de mesures pour que son commerce soit considéré comme bien paraphernal : elle s'est, par exemple, constitué en dot tous ses biens présents et à venir. C'est alors qu'on se sépare de nous en prétendant que la femme ne saurait, en ce cas, conserver la propriété et la jouissance des bénéfices qu'elle réalise dans son commerce, que ces bénéfices reviennent au mari, et qu'en revanche celui-ci est tenu des engagements commerciaux de la femme. On soutient que le mari recueille tous les gains commerciaux comme fruits de ce bien qui serait l'industrie personnelle de la femme, et qu'il est en conséquence obligé à la totalité des dettes commerciales de la femme.

Or, peut-on reconnaître cette qualité de capital, de

bien proprement dit à l'industrie humaine? C'est ce qu'il faut accepter pour fonder la coobligation du mari de la femme commerçante sous le régime dotal. On a cru le démontrer en s'appuyant et sur la nature même de l'industrie, et sur certains textes du Code civil qui paraissent se référer à cette conception. Un bien, a-t-on dit, est tel parce qu'il est utile à l'homme, parce qu'il est capable de lui procurer des avantages positifs et appréciables : l'industrie humaine ne rentre-t-elle pas évidemment dans cette définition technique et juridique du mot bien? Le Code ne traite-t-il pas en vérité l'industrie comme un bien : il fait tomber dans la communauté d'acquêts les bénéfices provenant de l'industrie des époux (art. 1498, C. civ.), il nomme l'industrie comme objet possible d'un louage (art. 1779, C. civ.), d'un apport dans une société (art. 1833, C. civ.). Quelles seraient d'ailleurs, en l'espèce, les ressources des créanciers commerciaux de la femme, s'ils ne pouvaient atteindre le mari, puisque la clause de dotalité couvre les biens de la femme? (1).

Tout ce raisonnement pêche par la base. L'industrie humaine n'est pas un bien, au sens juridique du mot : l'industrie humaine ne se range pas dans un patrimoine, soit dans la classe des meubles, soit dans celle des immeubles, parmi les choses susceptibles d'être aliénées ou hypothéquées ; elle est le savoir et l'activité de l'in-

(1) Duranton, t. II, n° 480.

dividu en œuvre pour la création ou l'acquisition des richesses ; « elle est une source de biens, elle n'est pas elle-même un bien » (1).

Les articles du Code civil invoqués contre cette solution ne la justifient-ils pas au contraire ? L'article 1498 ne fait pas tomber dans la communauté d'acquêts l'industrie des époux, mais les acquêts « provenant » de cette industrie. L'article 1833, loin de confondre l'apport d'industrie avec celui d'un bien quelconque, l'en distingue nettement par sa formule « ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie ». Enfin l'article 1779 restant seul ne prouve pas assez, car il ne donne pas à l'industrie le caractère de bien susceptible d'aliénation, qui lui serait nécessaire pour figurer dans une constitution de dot ; la constitution de dot, en effet, est une espèce d'aliénation, puisqu'elle est une concession d'usufruit consentie en principe pour la vie ; or, on ne peut engager son industrie qu'à temps (art. 1780, C. civ.). Mais il y a plus : le Code civil paraît bien avoir consacré la personnalité de l'industrie, lorsque, dans l'article 387, il réserve à l'enfant mineur de 18 ans les biens acquis par un travail et une industrie séparés, alors qu'il soumet ses autres biens à la jouissance de ses père et mère. Il suivait, sur ce point, les indications de nos anciens auteurs qui faisaient profiter le mari des économies de la ménagère, mais ne le bonifiaient

(1) Demolombe, t. IV, n° 316.

pas des produits du métier ou du négoce propre à la femme.

Nous sommes donc confirmé dans notre opinion que c'est appliquer la loi que refuser sous le régime dotal tout droit au mari sur les bénéfices commerciaux de la femme, et de l'exonérer de toute obligation aux dettes créées par la femme dans la pratique de son négoce. Les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce ne permettent aucune différence de traitement, entre le mari séparé de biens et le mari soumis au régime dotal. Si la pensée du législateur avait été autre, il l'aurait manifestée en se bornant à rejeter l'obligation du mari dans le cas de séparation de biens, au lieu de ne l'admettre expressément qu'au cas de communauté. Les articles 67 et 69 du Code de commerce montrent bien, d'ailleurs, qu'il faut rapprocher sur cette question la séparation de biens et le régime dotal. Ils portent que « l'époux séparé de biens ou marié sous le régime dotal, qui... etc. »

Cependant la jurisprudence nous est contraire. Elle considère les bénéfices commerciaux comme des fruits, et elle décide en conséquence que, si les clauses du contrat ne rendent pas le commerce personnel de la femme bien paraphernal (1), le mari perçoit les gains en provenant, sans avoir à en rendre aucun compte, et qu'en compensation de ce droit, il a la charge de faire face au

(1) Agen, 9 janvier 1856, D. 56.2.73.

passif. Les conditions du régime sans communauté se reproduisant, elle statue de la même manière.

Bien que cette rigueur à l'égard du mari ne soit pas justifiée en droit, la jurisprudence l'aggrave encore en atteignant indirectement le mari, même au cas de paraphernalité du commerce de la femme. Elle permet aux créanciers commerciaux de la femme la saisie des revenus dotaux, lorsque ceux-ci excèdent les ressources nécessaires à l'entretien du ménage et de la famille (1). En statuant ainsi, les juges se sont écartés du principe de la répartition corrélatrice des profits et des pertes qui les dirige en la matière. Mais cette décision devait être relevée pour avertir le mari de quelle faible protection lui sera le régime dotal lorsqu'il autorise sa femme à faire le commerce. En effet, ou le commerce de la femme est dotal, et alors les biens propres du mari sont exposés aux poursuites des créanciers commerciaux de celle-ci, ou le commerce de la femme est paraphernal, et le mari peut voir réduire par l'effet de ces mêmes poursuites les revenus dotaux sur lesquels il comptait. On peut même ajouter qu'il doit craindre de se voir arracher la totalité de ces revenus dotaux, puisque si la femme est déclarée en faillite et si elle a encouru l'incarcération, les syndics pourront procéder à la vente des biens dotaux (art. 1558, C. civ.). En définitive, dans le système de la jurisprudence, il n'est jamais indifférent pour le mari, sous le

(1) Cour de Nîmes, 26 février 1851, S. V. 51.2.413.

régime dotal, d'autoriser sa femme à devenir marchande publique.

En résumé, après avoir examiné dans quelle mesure les intérêts du mari peuvent être engagés par les actes de sa femme autorisée à exercer le commerce, nous sommes conduit à cette constatation que la loi ne lui impose une coobligation que sous le régime de communauté légale ou conventionnelle. Mais la loi le met dans la nécessité de s'exposer sans restriction aux effets de cette coobligation. Il y a dans cette contrainte une sorte d'atteinte à la liberté individuelle ; le mari ne peut graduer à sa volonté l'étendue de l'obligation qu'il accepte en autorisant sa femme à devenir marchande publique. De quelque utilité que cette violation de droit puisse être pour les autres intéressés, on ne saurait la justifier. Elle nuit aux intérêts généraux de la famille, privée parfois de l'activité productrice de la femme par la prudence légitime du chef.

La portée de cette injustice et de cet inconvénient est beaucoup étendue par le système de la jurisprudence. Sous son empire, le mari de la femme commerçante n'échappe à des conséquences fâcheuses de l'autorisation par lui accordée que s'il est séparé de biens.

Une modification apportée par le législateur aux articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce amé-

liorerait donc la situation du mari de la femme commerçante, cela sans conteste.

SECTION II. — Effets à l'égard de la femme.

La disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce qui crée la coobligation du mari commun aux engagements contractés par la femme commerçante est, nous venons de le démontrer, onéreuse pour le mari ; elle doit donc naturellement apparaître comme une mesure énergique de protection des intérêts de la femme. Et au premier abord, en effet, il semble juste que le mari souffre certaines rigueurs dans l'accomplissement de ses devoirs de maître et de gardien, tant du patrimoine commun que de la fortune personnelle de la femme ; cela d'autant plus que son autorité et sa vigilance ne s'exercent pas d'une manière toute désintéressée. Mais, pour qu'il en soit ainsi, il ne faut pas que la charge imposée au mari de la femme commerçante constitue de sa part un sacrifice inutile ; surtout il ne faut pas que, par un retour des choses, au lieu de favoriser la femme elle tourne à son préjudice.

Or l'obligation de la communauté et du mari aux dettes commerciales de la femme est-elle vraiment un avantage pour celle-ci ? Les commentateurs du Code, qui approuvent la coobligation maritale, appuient leur jugement de deux motifs : elle est nécessaire à la femme,

disent-ils, pour lui permettre de se procurer des fonds libres avec lesquels elle puisse entreprendre le commerce ou en soutenir l'exploitation ; elle lui est nécessaire encore pour fonder son crédit.

Nous avons déjà touché au premier argument, lorsqu'en étudiant le fondement juridique de la coobligation maritale, nous avons montré le parti que la thèse de l'autorisation-mandat prétend en tirer. Nous avons établi contre elle que, sans enfreindre le respect dû à l'autorité maritale, ni le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, la femme peut avoir en mains des fonds libres sur lesquels le mari n'aurait aucun droit d'administration et de jouissance. Le cas se produirait notamment si la femme tenait les fonds d'un capitaliste avec lequel elle aurait été autorisée par son mari à former une société en commandite (1). Or, si les fonds engagés dans le commerce de la femme ne sont pas nécessairement des fonds du mari, la légitimité du droit de celui-ci aux produits de l'industrie de la femme est atteinte : par contre-coup, la nécessité de son obligation aux dettes que celle-ci contracte subit un adoucissement. On entrevoit la possibilité d'un commerce de la femme à l'existence duquel le mari serait totalement étranger et où par suite il ne participerait ni aux profits, ni aux pertes.

Le second argument, celui qui rend le crédit de la

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 267 ; Boistel, n° 100 *ter*.

femme corrélatif à la coobligation de la communauté et du mari, n'expose pas davantage une vue complète des choses. Il est impossible de nier que, sous l'empire de nos lois, cette coobligation est en première ligne des faits sur lesquels les cocontractants de la femme apprécient la confiance que mérite leur future débitrice. Mais là n'est pas la question. Il s'agit réellement de savoir si la femme mariée commune en biens ne peut se procurer aucun crédit sans offrir la caution de la communauté et celle de son mari. Tout d'abord, il est évident que la source de son crédit n'est pas dans les biens communs ni dans les biens personnels à son mari, lorsque les ressources qui alimentent son commerce ne proviennent ni des uns ni des autres. Un donateur ou un commanditaire généreux peuvent, nous l'avons vu, soutenir les opérations commerciales de la femme. Il est possible aussi que la femme ait acquis son crédit par une persévérante fidélité à l'exécution de ses engagements commerciaux, par l'ordre et l'économie dont elle aura fait preuve dans la conduite de ses affaires ; il est possible qu'elle ait considérablement étendu son crédit par les agrandissements successifs que la prospérité lui aura permis de donner à son actif commercial. Dans cette dernière hypothèse, il est vrai, la coobligation de la communauté se justifie encore ; celle du mari n'est plus utile. L'est-elle jamais ? Puisqu'il est à présumer que la fortune personnelle du mari est à tout le moins médiocre, lorsqu'il consent à ce que sa femme abandonne

les soins domestiques pour les luttes du négoce. Le plus souvent même, le mari est insolvable lorsque la femme assume, en faisant le commerce, la charge d'entretenir le ménage. Loin alors de lui être un secours, au point de vue de son crédit, il peut bien plutôt lui être un danger. Les créanciers de la femme craindront, en effet, de trouver le gage que la femme leur fournirait absorbé, ou considérablement diminué par les actes d'un mari incapable ou dissipateur. En sorte que, susceptible de développer le crédit de la femme commerçante, l'obligation maritale, en tant qu'elle s'oppose à l'indépendance du patrimoine commercial de la femme, peut aussi ébranler ou miner ce crédit.

On commence alors à se rendre compte que la disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce est quelquefois détournée de son but, qu'elle ne protège pas toujours les intérêts de la femme commerçante. On objecterait ici, avec assez de raison, que dans la pratique les créanciers commerciaux de la femme demandent l'engagement personnel exprès du mari. Ils paraîtraient donc faire surtout fond sur la solvabilité de celui-ci. Il est bien naturel que les créanciers de la femme prennent des précautions soit pour faciliter leur recours contre le mari, soit pour en assurer le plein effet, lorsque cette garantie est sérieuse. Mais lorsqu'elle n'existe pas, lorsqu'au contraire les tiers redoutent le concours des créanciers du mari, ils s'abstiennent de traiter avec la femme.

Le législateur, on en pourrait faire la remarque, abandonne-t-il la femme dans cette situation critique ? En lui permettant de recouvrer sa liberté pécuniaire par une demande en séparation de biens, ne lui procure-t-il pas le moyen de rétablir son crédit auprès des tiers, en assurant leur sécurité du côté du mari ? Il ne nous semble pas que la loi réserve cette faculté à la femme : les dispositions impératives de l'article 1443 du Code civil limitent étroitement les cas possibles de séparation. Pour l'obtenir, la femme ne saurait manifester d'autre intention utile que celle de sauver sa dot mise en péril, et de prendre des mesures conservatoires de ses droits et reprises, vu le désordre du mari. Aux termes de la loi, la séparation de biens n'est donc pas tout à fait un procédé préventif pour un mal futur ; elle est une protection contre les effets certains d'un mal présent. Il serait donc contraire non seulement à la lettre de la loi, mais encore à son esprit, de recevoir la femme demandant la séparation de biens comme une précaution, comme une garantie éventuelle contre les créanciers du mari. Mais, on peut supposer que les créanciers du mari exercent déjà des poursuites et viennent saisir l'actif commercial de la femme. Ces faits n'établiraient pas nécessairement l'existence des conditions requises pour la séparation de biens, et, si elle était dans cette hypothèse prononcée au cours du mariage, elle constituerait, par suite d'événements postérieurs à ce mariage, un régime plus avantageux pour les époux que le

régime primitivement adopté. Les juges ne devant pas sanctionner de pareilles modifications auraient double motifs de repousser la demande de la femme. C'est ainsi qu'une demande en séparation de biens n'empêcherait pas que la faillite du mari gérant un commerce séparé de celui de sa femme n'arrête le négoce de celle-ci, afin que les créanciers du mari aient sous la main toutes les valeurs de communauté.

La jurisprudence adopte cependant la solution contraire (1). Elle n'accepte pas notre interprétation stricte et rigoureuse des expressions de l'article 1443 du Code civil, ne la considérant pas comme conforme à la nature des choses. Elle estime que la dot ne comprend pas seulement ce que la femme apporte au mari le jour du mariage, mais aussi les bénéfices qu'elle procure par son travail. Et elle admet en conséquence que le désordre des affaires du mari devant compromettre et anéantir les produits de ce travail suffit à justifier le prononcé de la séparation de biens.

Nous avons rejeté par ailleurs cette assimilation de l'industrie personnelle à un bien pouvant figurer dans la composition de la dot. Néanmoins nous devons reconnaître qu'en l'état de la jurisprudence la femme commune peut affranchir son crédit de la gêne dont l'entrave l'insolvabilité du mari. Cette concession ne nous coûte pas, puisqu'elle fait ressortir que dans la

(1) Angers, 16 mars 1868 ; Rennes, 23 novembre 1820.

réalité les femmes commerçantes ne tirent pas toujours leur crédit de celui du mari, puisqu'elles poursuivent la séparation de biens pour acquérir ce crédit ou pour le fortifier.

Ces résultats de l'expérience affirment assez que la coobligation du mari de la femme commerçante est pour celle-ci souvent inutile, quelquefois embarrassante. Ce qui suffirait à la démonstration essayée ici. Mais on peut avancer davantage et montrer que l'obligation maritale, en certains cas, nuit à l'intérêt bien entendu de la femme. D'abord, elle arrête la réflexion du mari dont la femme sollicite l'autorisation afin d'exercer le commerce ; elle le rend hésitant à l'accorder ; elle le pousse à opposer un refus catégorique. C'est, sans doute, le vœu de la loi que le mari protège la femme de sa prudence avertie. Ici l'intérêt personnel menace de transformer la protection en un moyen de subordination. Le mari autoriserait s'il pouvait arrêter ou limiter à son égard les effets de son autorisation. Il autoriserait, parce qu'il sait sa femme active, économe, intelligente ; il refuse, parce qu'il craint pour lui les risques soudains et fortuits du commerce. L'activité de la femme se voit annihilée sans recours, elle ne peut, en effet, soumettre le refus injustifié de son mari à la censure des tribunaux. Combien de fois ceux-ci ne découvririaient-ils pas cet égoïsme antifamilial et antisocial sous le masque de considérations morales ! Aussi la jurisprudence tend-elle à atténuer cette omnipotence maritale quoiqu'elle

doive pour cela faire des distinctions qui ne sont pas écrites dans l'article 4 du Code de commerce. Contrairement à l'opinion de la doctrine (1) elle s'arroge le pouvoir de suppléer l'autorisation maritale, lorsque le mari est dans l'impossibilité matérielle ou juridique de la donner, lorsqu'il la refuse sans motif. Dans ce cas, l'atteinte à la liberté de la femme était trop choquante.

Cette critique de la loi vient à l'appui de notre thèse. Elle met aussi en lumière que des femmes communes tentent la fortune des affaires sans l'appui de l'obligation de la communauté et du mari, puisqu'elles n'y ont pas droit quand elles sont autorisées de justice. Cette liberté n'est pas accordée à toutes. La femme du prodigue ne bénéficie pas de la faveur de la jurisprudence (2) ; n'en profite pas davantage, et à très juste raison, la femme à qui le mari refuse autorisation sous le prétexte qu'il exerce une profession incompatible. Il est évident que, dans ces deux hypothèses, la femme subit la conséquence de l'obligation qui frapperait le mari. Nous avons dit qu'elle en supporterait plus souvent les effets rigoureux si la loi était obéie. Pour parler plus clairement, la coobligation maritale a mis le législateur dans la nécessité de consacrer l'impossibilité pour la femme de devenir marchande publique, lorsque son mari est absent, prodigue, ou de mauvaise volonté. Et il est si vrai

(1) Pardessus, n° 63 ; Bravard-Veyrières, p. 19 ; Lyon-Caen et Renault, t. I, p. 229.

(2) Paris, 13 novembre 1866.

que cette incapacité est en corrélation étroite avec l'obligation qui résulte pour le mari de son autorisation qu'aujourd'hui le législateur, éclairé par les décisions de la jurisprudence, n'a pas hésité à rétablir la femme dans la libre possession de son droit naturel au travail dans un cas où l'obligation maritale ne peut naître. La loi du 6 février 1893, qui a modifié l'article 311 du Code civil, habilite la femme à faire le commerce sans autorisation par cela même qu'elle lui rend le plein exercice de sa capacité civile.

En présence de cette réforme, il est permis de penser que toute atténuation de l'obligation maritale doit profiter à la liberté d'action de la femme dans le champ commercial. Il est probable que si le mari commun n'était pas tenu des dettes commerciales de la femme, on ne discuterait pas à celle-ci le droit d'acquérir un fonds de commerce ou une propriété à transformer en manufacture, le droit de vendre les immeubles acquis avec ses gains commerciaux, le droit de transiger et de compromettre, d'ester en justice, de contracter une société commerciale avec un tiers. De tous côtés, la femme se verrait plus libre pour la prompte exécution d'opérations commerciales dont le succès dépend de leur réalisation immédiate. Enfin elle pourrait espérer, sinon une appropriation totale de ses bénéfices commerciaux, du moins un pouvoir particulier d'administration et de disposition, qui serait une juste rémunération de ses efforts personnels pour la prospérité du ménage. Rationnellement, il n'ap-

paraît pas, en effet, que la femme doive, avec même légitimité que le mari, dépenser son travail et son industrie pour subvenir aux besoins de la famille ; ce n'est pas pour elle comme pour lui un devoir strict ; quand elle y manque, aucun reproche ne peut lui être adressé ; quand elle l'accomplit, elle mérite récompense. Or loin de l'encourager, la loi lui crée des difficultés qui l'en détournent.

Il semble donc qu'un état plus favorable pour la femme commerçante serait juridiquement possible, sans la nécessité de fournir au mari des compensations à l'obligation dont le charge l'article 5 du Code de commerce. Nous pouvons par suite conclure que si les intérêts de la femme commerçante ne sont pas proprement lésés par les effets de la coobligation du mari à ses engagements, tout au moins les désavantages certains qui résultent pour elle de cette coobligation balancent largement les avantages douteux qu'elle en peut attendre.

SECTION III. — Effets à l'égard des tiers.

Les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce englobent dans leur sphère d'action, outre le mari et la femme communs en biens, deux autres catégories de personnes : les créanciers que la femme commerçante se donnera et les créanciers du mari. Les uns et les autres sont tour à tour et différemment affectés par la

disposition de ces articles, en ce qui concerne l'exécution de leurs droits de créance. Elle permet, en effet, aux créanciers de la femme pour cause commerciale d'étendre leur droit de poursuite non seulement sur le patrimoine de la femme, mais encore sur les biens communs et les propres du mari ; par réciprocité elle paraît autoriser les créanciers du mari à compter dans les biens susceptibles d'être saisis par eux l'actif commercial de la femme : pour tous les deux elle augmente le gage offert par le débiteur. Il n'est donc pas douteux que la coobligation de la communauté et du mari aux dettes commerciales de la femme est une mesure prise en faveur des tiers. Réalise-t-elle à l'égard soit des créanciers du mari, soit des créanciers de la femme cette intention bienveillante ? et si elle la réalise effectivement, la garantie que les intéressés y puisent leur est-elle à ce point nécessaire que le législateur ne puisse souffrir la pensée de l'amoindrir ou de la supprimer ? Nous allons le rechercher.

Lorsqu'une femme entreprend le commerce, les créanciers du mari ont-ils raison de s'en féliciter ? On ne peut répondre affirmativement de façon catégorique, car on discute aux créanciers du mari le droit d'être payés sur l'actif commercial de la femme. Pourtant, à notre avis, les principes conduisent à la solution qui fonde les créanciers du mari à saisir cet actif. Les bénéfices commerciaux réalisés par la femme et les marchandises qui forment le fonds de commerce sont des biens de communauté en vertu de l'article 1401 du Code civil. La

communauté se composant de tous les meubles des époux et des immeubles acquis pendant le mariage autrement que par succession, donation ou legs, les avantages que chaque époux retire de son travail, de son industrie, de ses talents y doivent tomber. Or les engagements du mari compromettent tous les biens communs sans exception : aucune réserve ne saurait être faite à cet égard dans le contrat de mariage, le mari ne pouvant renoncer à ses droits comme chef de la communauté (1388, C. civ.), ni par acte postérieur, la constitution d'un propre au cours du mariage par la volonté des époux violant la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales (1395, C. civ.). D'où il suit que les bénéfices commerciaux de la femme, les marchandises et le fonds de commerce étant des acquêts de communauté, représentent forcément une partie du gage des créanciers du mari (1).

Déjà Savary (2), dans notre ancien droit, repoussait cette conclusion. Il invoquait des considérations de justice et d'équité pour soutenir le droit exclusif des créanciers de la femme sur son actif commercial. Il représentait que si le mari disposait en quelque sorte des valeurs de cet actif il tiendrait la femme à la merci de ses abus et que, dans ces conditions, les tiers n'auraient plus aucune sûreté pour traiter des opérations commerciales avec la femme marchande publique. Pour

(1) Alauzet, nos 305 et s.; Lyon-Caen et Renault, n° 263.

(2) *Le parfait négociant*, partie 34, quest. 3.

leur assurer une sécurité indispensable, il croyait nécessaire de considérer l'actif commercial de la femme comme une portion détachée de la communauté, indépendante du mari et de ses ayants cause. Mais il ne dissimulait pas que sa théorie heurtait le droit. Malgré cela, son opinion a été reprise et défendue par d'autres auteurs (1). D'abord, on a remarqué que le mari ne peut valablement engager sa femme par ses obligations, s'il n'est pas muni à cet effet d'une procuration expresse ou tacite. Aucun lien de droit ne naît entre les créanciers du mari et la femme de celui-ci, puisqu'il n'a pas de mandat conventionnel ou légal lui permettant de l'établir. A quel titre les créanciers du mari prétendraient-ils trouver une personne obligée envers eux, alors qu'ils n'ont avec elle aucun rapport direct ou indirect ?

L'objection porterait si les créanciers du mari attaquaient la femme en qualité de débitrice personnelle. Telle n'est pas leur prétention. C'est en agissant, non contre elle, mais bien contre le mari qu'ils atteignent l'actif commercial de la femme. Celle-ci, il est vrai, est réduite à le leur livrer, mais le faisant elle n'exécute pas une obligation personnelle, elle subit l'application de ses conventions matrimoniales par lesquelles elle a engagé vis-à-vis des créanciers du mari tout ce qui figurera de son chef dans la communauté : elle est tenue en quelque manière *propter rem*. La saisie que les créan-

(1) Pardessus, t. n° 69 ; Bédarride, n° 137 ; Molinier, t. I, n° 183, p. 158.

ciers du mari opéreront ne portera pas théoriquement sur le patrimoine de la femme, elle frappera le patrimoine du mari où sont confondus, durant le mariage et en tant qu'ils sont communs, les biens du mari et ceux de la femme.

D'ailleurs un argument de droit s'oppose à ce que la spécialisation de biens communs sous forme d'actif commercial de la femme mette ses biens hors la portée des créanciers du mari pour les réserver aux créanciers commerciaux de la femme. Ce serait reconnaître un moyen non prévu par la loi de constituer un privilège au profit d'une classe particulière de créanciers. Quel texte invoqueraient les créanciers de la femme pour repousser le concours des créanciers du mari arguant qu'aux termes des articles 2092 et 2093 du Code civil tous les biens du débiteur, sans aucune distinction, sont le gage commun de ses créanciers, s'il n'existe en faveur de l'un d'eux un privilège obtenu dans les cas et formes déterminés par la loi ?

On a cru répondre à cette critique en disant que la femme pourrait, avec l'autorisation maritale, donner des biens communs en gage à ses créanciers et qu'il y a une grande analogie entre cette situation et celle où la femme, exerçant le commerce, dispose d'une masse de biens séparée et distincte du surplus de la communauté. Il y aurait en quelque sorte une constitution tacite de gage au profit des créanciers commerciaux de la femme, qui leur permettrait en fait d'être seuls désintéressés

sur l'actif commercial de la femme. En envisageant de la sorte le droit spécial des créanciers commerciaux de la femme, on éviterait aussi l'objection déjà présentée, à savoir qu'il est impossible aux époux communs de créer pendant le mariage un bien propre. La nature de l'actif commercial ne serait pas modifiée en tant que celui-ci est bien commun devant figurer dans la communauté à la dissolution du mariage et partagé entre les époux; cet actif serait seulement soumis quant à l'action des créanciers commerciaux de la femme à un droit spécial et particulier, analogue à celui dont bénéficie le créancier gagiste.

Il n'est pas légitime de rapprocher ainsi deux situations juridiques dont l'analogie est incomplète. Et il faut repousser la distinction qu'on en a tirée entre le caractère de l'actif commercial de la femme suivant qu'il est question d'une répartition entre les époux ou d'une action des créanciers. Les termes formels de l'article 1395 ne s'accordent pas avec elle. Toute modification apportée aux conventions matrimoniales est inopposable aux tiers.

La thèse que nous soutenons n'est pas d'une bienveillance excessive à l'égard des créanciers du mari. Lorsque, en effet, ils ont traité avec lui, ils ont considéré que tous les biens communs supporteraient la charge de les désintéresser et ils n'avaient pas à craindre qu'une partie en soit détournée à leur préjudice par un accord de volonté des époux tendant à transformer un bien

commun en bien propre. Toutes leurs prévisions seraient donc déçues, si l'actif commercial de la femme devait leur échapper.

D'autre part, les créanciers commerciaux de la femme ne peuvent pas justement se plaindre de la venue des créanciers du mari sur l'actif commercial de la femme. Elle ne doit pas être une surprise pour eux ; en contractant avec une femme commerçante commune en biens, ils ont, sans qu'on réclame d'eux une prudence extrême, pu prévoir cette éventualité.

Ces raisons n'empêchent pas la jurisprudence de pencher vers une théorie contraire. Le tribunal de Marseille a refusé à un porteur de billets commerciaux souscrits par un mari commun le droit de poursuivre l'exécution du jugement solidairement contre la femme marchande publique dont le commerce était distinct et séparé de celui du mari (1).

Sous l'empire d'une telle jurisprudence, il faut reconnaître que les créanciers du mari de la femme commerçante n'ont pas à se louer de l'effet à leur égard des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce ; ils ont à craindre que le mari constitue avec des biens communs le fonds commercial de la femme, diminuant ainsi sa solvabilité pour eux ; surtout ils ont à redouter que la femme éprouvant des revers, les créanciers de celle-ci ne viennent enlever une quotité importante de

(1) *Journal de jurisprudence commerciale de Marseille*, 29 septembre 1854.

leur gage. Evidemment donc, en pratique, l'intérêt des créanciers du mari d'une femme commerçante est conciliable avec une modification de l'article 5 du Code de commerce.

On peut le penser encore en admettant le système protecteur pour les créanciers du mari que nous avons exposé ; car le second inconvénient signalé, la mainmise des créanciers de la femme tant sur les biens communs que sur les propres du mari menace toujours avec même force les créanciers du mari. Mais, si l'on observe que pour ceux-ci les risques de ce fâcheux événement sont compensés par l'espoir que les gains commerciaux de la femme contribuent un jour à leur désintéressement, on doit se borner à cette constatation ; les désavantages dont l'article 5 du Code de commerce peut faire souffrir les créanciers du mari de la femme commerçante, sont théoriquement balancés par les avantages qu'ils en peuvent attendre ; mais pratiquement, cet équilibre n'étant pas respecté, la disposition de l'article leur est contraire.

Pour les créanciers commerciaux de la femme aucune contestation ne s'est produite : leur droit est trop certainement établi par les textes pour qu'il soit indiscutable en principe. Cependant nous avons relevé que telle théorie sur le fondement juridique de la disposition de l'article 5 du Code de commerce qui nous occupe limitait plus que telle autre leur action utile contre la communauté et le mari. Mais bien que ces restrictions soient

admises, ils jouissent d'une situation bien plus avantageuse que celle où les plaçait le droit commun.

Un créancier qui ne réclame pas une garantie personnelle ou réelle ne peut compter pour le paiement de sa créance que sur le patrimoine de son débiteur. Au créancier d'une femme marchande s'offre par le bienfait de la loi une caution : le mari. C'est là, dira-t-on, le droit commun pour les créanciers de la femme mariée commune autorisée de son mari. Il semble que le créancier de la femme pour cause commerciale bénéficie d'une faveur plus grande que le créancier à raison d'une obligation civile. En effet, ce dernier ne gagne la protection de la loi que s'il prend soin de s'assurer de l'autorisation expresse du mari ou de son concours dans l'acte qui constate l'obligation de la femme : aussi l'opération qu'il fait avec la femme est soumise au contrôle intéressé et par suite sévère, sans doute, du mari. Le créancier qui traite affaire commerciale avec la femme a pu agir avec bien plus de liberté : il n'a pas à s'inquiéter de l'intervention active du mari, et, s'il a commis quelque imprudence dans l'interprétation des faits d'où il a conjecturé l'existence de l'autorisation maritale, il est couvert par la présomption de la loi qui lui est favorable.

Cette bienveillance si exceptionnelle de la loi se justifierait par la nécessité d'assurer aux femmes, communes en biens, le crédit indispensable pour exercer le commerce. Nous avons déjà montré, en examinant les

effets de l'article 5 du Code de commerce à l'égard de la femme, que la co-obligation du mari à ses dettes commerciales ne lui était pas toujours un appui au point de vue de son crédit. Mais si cette coobligation maritale n'est pas, en toutes circonstances, la source directe du crédit que la femme, marchande publique, peut acquérir, du moins elle consolide ce crédit en rendant vaine la collusion frauduleuse du mari et de la femme, qui s'efforceraient, en réalisant les bénéfices commerciaux de celle-ci, de les soustraire aux créanciers dont ils sont le gage. Ce serait là le but réel, efficace des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce sur le point qui nous intéresse.

A ce point de vue, on ne peut nier que l'obligation du mari et de la communauté ne produise l'effet attendu. Il est permis cependant de se demander si elle ferme vraiment tout chemin à la fraude. La fraude est habile, ne redoute pas les voies détournées; elle a d'inépuisables ressources. Supposons, par exemple, qu'à une époque où la femme a réuni, dans sa caisse commerciale, des fonds importants, elle les remette à son mari et que celui-ci les emploie à l'acquisition d'un immeuble que peu de temps après il grèvera lourdement d'hypothèque au profit d'un ami, créancier fictif. Les créanciers commerciaux de la femme ne seront-ils pas spoliés par une entente frauduleuse de la femme et du mari contre laquelle les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce les laisse désarmés? Plus simplement, si le mari

est propriétaire d'immeubles, il peut les hypothéquer pour les mettre à l'abri des atteintes des créanciers commerciaux futurs de sa femme. De même, si la faillite de la femme est déclarée, les époux communs ne peuvent-ils sauver une partie de la masse en provoquant des productions de personnes se présentant comme créancières du mari. Sans doute, on ne peut insister sur ces dangers, puisque des sanctions pénales rigoureuses menacent les auteurs de pareilles fraudes, les rendant aussi peu probables. Mais enfin ces dangers existent et, par cela même, ils prouvent que l'efficacité de la mesure protectrice contenue dans les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce n'est pas absolue.

En reconnaissant, d'autre part, son utilité certaine, on peut, sinon la critiquer, du moins faire ressortir qu'elle constitue une faveur exorbitante qui lèse des intérêts aussi respectables que ceux par elle protégés, et qu'il n'est pas impossible rationnellement de lui en substituer quelque autre plus équitable pour tous. Quel motif, en effet, de privilégier, comme nous l'avons indiqué, les créanciers commerciaux de la femme ? Rendre possible à celle-ci l'accès du domaine commercial avec quelque chance d'y exercer fructueusement son activité ? Nous avons déjà noté que les droits des créanciers commerciaux de la femme sur les biens communs et les progrès du mari sont de nature à empêcher celui-ci d'accorder l'autorisation dont la femme a besoin pour devenir marchande publique. Mais est-il aussi bien nécessaire

que les garanties de crédit sous lesquelles la femme devra entreprendre le commerce soient ainsi délimitées par la loi ? Ne suffit-il pas que les personnes appelées à traiter avec la femme commerçante puissent, au moment où elles contractent, juger exactement quelles garanties leur sont offertes ? Si le futur créancier a eu, quand il a passé marché, une notion suffisante du gage sur lequel il avait à fonder sa confiance, son sort était véritablement entre ses mains : libre à lui d'accepter ou de refuser le débiteur. La loi remplirait donc son devoir de justice à l'égard des créanciers commerciaux de la femme commune en imposant au mari et à la femme, lorsque celle-ci entreprend le commerce, de s'entendre pour une déclaration qui, portée à la connaissance des tiers par quelque formalité de publicité, les renseignerait de façon précise sur l'actif affecté à l'exécution des engagements commerciaux de la femme. Ceux-ci seraient traités comme le sont, par exemple, les créanciers d'une société en commandite simple dont la garantie consiste toute, le plus souvent, dans la responsabilité limitée du commanditaire. Ils pourraient regretter un régime de faveur, mais non se plaindre d'un régime respectueux de l'égalité. D'autre part, la libre volonté du mari exposant ses droits sur la communauté et sa fortune personnelle serait mieux respectée.

Mais le mari, dira-t-on, ne consentira jamais à cautionner sa femme commerçante. De deux choses l'une : ou le mari ne veut pas s'engager et *a fortiori* refusera-

t-il une autorisation par laquelle il sera engagé d'une manière générale et indéfinie ; ou il consent à s'engager, à seconder les efforts commerciaux de sa femme et dans ce cas, pourquoi ne pas lui laisser la liberté de fournir à sa femme le concours qu'il jugera utile et suffisant au lieu de l'effrayer par la contrainte d'un concours qu'il estimerait excessif et par suite dangereux ?

Le principe d'un système différent de celui des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce sur la coobligation de la communauté et du mari aux dettes commerciales de sa femme serait donc logique en lui-même ; il n'enfermerait pas nécessairement cette conséquence de duper les créanciers de la femme au profit du mari.

Mais on objecterait ici avec raison que cette justice apparente cacherait une profonde injustice, si la répartition des bénéfices, produits par le commerce de la femme, n'était pas réglée entre les époux corrélativement à leur participation aux dettes. Or la disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce aurait cet avantage de maintenir l'équilibre entre le droit aux profits et l'obligation de faire face aux pertes. Bien que nous ayons démontré l'inexactitude pratique de cette assertion nous la reconnaissons comme exacte en théorie. La valeur de l'obligation irréductible de la communauté et du mari aux dettes commerciales de la femme se fonderait donc, en définitive, sur le mérite de cette opinion que les bénéfices commerciaux de la femme

doivent être des acquêts de communauté. Et c'est dans cette considération que les créanciers commerciaux de la femme puiseraient leur droit de saisir sans distinction tous les biens, qu'ils soient communs ou propres, dépendant de l'administration du mari.

Constater cette relation entre le droit du mari aux gains commerciaux de sa femme et son obligation intégrale à l'égard des créanciers commerciaux de celle-ci, c'est démontrer que si le législateur venait à modifier sa théorie sur ce point, il devrait enlever aux créanciers commerciaux de la femme le droit de poursuivre le mari dans la proportion où il limiterait le droit de celui-ci aux bénéfices ; c'est démontrer que toute modification des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce ne nuirait pas forcément aux créanciers commerciaux de la femme.

Notre examen des effets de la disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce obligeant la communauté et le mari aux dettes de la femme marchande publique nous conduit à deux résultats.

D'abord il met en lumière que cette décision de la loi permet des hésitations regrettables sur la solution de questions graves. Il mène donc à désirer que le lé-

gislateur remédie à cet état de choses par les précisions nécessaires. Il conviendrait que la formule des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce fit nettement ressortir la nature de l'obligation maritale, soit comme obligation personnelle, soit comme obligation accessoire de la communauté ; qu'elle exclue toute possibilité d'attribuer le caractère commercial à cette obligation ; qu'elle marque si l'obligation du mari ne peut avoir qu'une origine contractuelle ; qu'enfin elle règle expressément le concours des créanciers respectifs de la femme commerçante et de son mari soit sur l'actif commercial de celle-là, soit sur les propres de celui-ci.

Ensuite notre examen montre encore que la décision des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce est particulièrement rigoureuse pour le mari, qu'elle est d'une utilité très incertaine pour la femme, qu'elle n'est pas la seule protection possible et suffisante des intérêts des créanciers commerciaux d'une femme commune. Il établit en conséquence que, sans froisser injustement aucun intérêt, le législateur pourrait adopter un autre mode de règlement des droits respectifs des personnes en présence dans les cas d'exécution d'engagements commerciaux pris par une femme commune autorisée. Cette éventualité est de nature à se présenter prochainement : la co-obligation de la communauté et du mari, telle qu'elle résulte des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, repose, avons-nous dit, sur l'acquisition par la communauté des gains commerciaux

de la femme. Or l'attention du législateur est aujourd'hui attirée par une idée qui est en contradiction avec celle qui dirigeait les rédacteurs du Code. Ceux-ci assimilaient les produits du travail personnel de la femme à tous les autres biens qu'elle pouvait acquérir. Le législateur moderne s'inquiète de savoir s'il n'est pas rationnel que la femme arrive à une appropriation plus complète des biens acquis par la mise en œuvre de son industrie ou de ses talents, c'est-à-dire par l'emploi de ses forces vives. S'il approuve en dernière analyse cette conception nouvelle, pour laquelle il a déjà manifesté son penchant, il sera logiquement amené à détruire le système des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce sur la co-obligation de la communauté et du mari aux dettes commerciales de la femme, puisqu'il en rejettera l'idée fondamentale. Alors se posera devant lui la question de savoir si, les intérêts particuliers et les intérêts sociaux ne s'y opposant pas, une réforme serait possible sans compromettre la constitution organique de notre régime matrimonial de droit commun. Cette étude fera l'objet de notre prochain chapitre.

CHAPITRE V

DE LA POSSIBILITÉ D'UNE RÉFORME.

A la séance du Conseil d'État, tenue le 3 janvier 1807, où fut discuté l'article 5 du Code de commerce, M. Jaubert fit observer que reconnaître à la femme commune marchande publique le droit d'engager elle-même son mari et la communauté sans autorisation, c'était créer une exception au droit commun et il demanda en conséquence que l'exercice de ce droit et ses effets fussent réglés « d'après le plus grand intérêt de tous ». Cette judicieuse idée prise pour critérium nous a permis de constater que la disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce sur la coobligation de la communauté et du mari aux engagements commerciaux de la femme n'est pas satisfaisante. Mais ce résultat négatif n'est pas suffisant, car il est sans portée pratique. Il importe d'aller plus loin et de montrer que toute solution, capable de mieux réaliser cette fin morale, ne doit pas être nécessairement écartée par respect du régime légal des biens dans le mariage.

A notre époque le système du Code sur les effets des actes commerciaux de la femme mariée commune ne répond plus aux besoins que créent les conditions économi-

ques de la vie moderne ; il n'est plus en conformité avec les idées des sociologues sur le statut de la femme mariée. Le législateur de 1807 était dominé, en la matière, par deux opinions qu'en raison de leur valeur historique et de leur influence sur le droit coutumier, il pouvait considérer comme des postulats juridiques. Il avait la conviction que l'état de mariage implique pour la femme une dépendance non seulement morale, mais encore matérielle à l'égard du mari « maître et seigneur » bien plutôt que protecteur de la personne et des biens de la femme. Il était aussi persuadé que la confusion des intérêts pécuniaires des époux devait maintenir et compléter leur union intime ; il pensait que le régime de la communauté était « seul compatible avec la nature du mariage ». Cette double préoccupation était exprimée clairement dans la disposition de l'article 234 de la Coutume de Paris, qui est reproduite dans les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce. En effet, si par principe, la femme joue un rôle secondaire dans cette sorte d'association qu'est le mariage, il est rationnel que les tiers, en traitant avec elle, la prennent moins en considération que le mari lui-même. Se souvenant que le mari est le dispensateur des pouvoirs en vertu desquels la femme agit, que les intérêts de celui-ci sont inséparables des intérêts de la femme, qu'à titre de chef une responsabilité particulière lui incombe, les créanciers futurs de la femme ont naturellement escompté la garantie du mari ; leur accorder une action

contre le mari et la communauté que celui-ci représente, est aussi logique que légitime. De même, si le mariage implique par nature une identité de patrimoine entre les époux, il est juste que toutes les acquisitions faites par eux se réunissent en la masse commune, et que toutes les pertes à subir la diminuent. Ainsi l'obligation du mari et de la communauté aux dettes commerciales de la femme s'explique encore par des droits corrélatifs sur les bénéfices commerciaux. Elle est donc deux fois fondée en raison dans le système de la loi.

En outre, elle avait l'avantage de procurer une solution simple pour délimiter les droits de chacun dans un conflit délicat d'intérêts. Il est vrai que cette simplicité était obtenue plutôt par les sacrifices de chaque partie que par une équitable répartition des droits entre elles. Mais cet inconvénient ne se faisait pas sentir au commencement du siècle avec la même force que de nos jours. Les femmes pratiquaient peu le commerce ; aujourd'hui au contraire, les femmes cherchent de plus en plus à exercer leur activité dans le domaine commercial. Jadis rarement les occupations du mari et de la femme étaient séparées ; à présent, il est général qu'ils soient entraînés loin l'un de l'autre par la différence des professions. Ce changement dans les mœurs a rendu très fréquentes les difficultés que peut susciter l'exécution des engagements pris par une femme marchande publique, faisant un commerce distinct et séparé de celui de son mari. En même temps il éveillait dans l'esprit de tous

l'idée qu'une certaine indépendance entre les intérêts pécuniaires de la femme et du mari serait plausible et peut-être utile.

L'observation de ces deux faits a conduit beaucoup de jurisconsultes contemporains à s'écarter du point de vue des auteurs coutumiers et du législateur de 1807 ; ils voient avec défaveur la rigoureuse subordination de la femme au mari, qui autorise celui-ci à la traiter plutôt comme une préposée que comme une associée ; surtout ils repoussent l'absorption des gains personnels de la femme par la communauté, dont le mari a seul l'administration et la disposition. Ces idées nouvelles appliquées à la critique de l'article 5 du Code de commerce, qui édicte la coobligation de la communauté et du mari aux engagements commerciaux de la femme, nous ont servi à mettre en lumière qu'une femme mariée, commune, étant marchande publique, le sort de celle-ci, celui de son mari aussi bien que celui de leurs créanciers réciproques, réclame une amélioration. Elles laissent entrevoir que ce progrès s'obtiendrait à l'égard du mari par la limitation des effets de l'obligation qu'il contracte en autorisant le commerce de sa femme ; à l'égard de la femme, en lui procurant un droit personnel effectif sur les produits de son travail ; à l'égard des créanciers respectifs des époux, en leur assurant plus complètement la garantie des biens propres de leur débiteur. Une réforme des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, comprendrait donc trois innovations. Nous allons

les examiner et rechercher si on pourrait juridiquement les réaliser, sans bouleverser les principes fondamentaux de notre régime matrimonial de droit commun.

Les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce contraignent le mari à refuser l'autorisation sollicitée par la femme de devenir marchande publique ou à accepter, en concédant l'autorisation, de garantir l'exécution intégrale de tous les engagements de la femme relatifs à son commerce. En renfermant le mari dans ce dilemme la loi restreint sa liberté de s'engager. On ne saurait justifier rationnellement cette violation d'un droit naturel, qui peut, en fait, nuire aux intérêts de la famille et de la société. S'impose-t-elle, d'autre part, par des motifs juridiques ? On le pourrait soutenir en disant que la disposition commune aux articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce est en harmonie avec les prescriptions des articles 1419 et 1426 du Code civil.

Mais nous avons déjà réfuté cet argument en montrant que les articles rapprochés statuent dans des hypothèses différentes : quand le mari a autorisé sa femme pour un contrat, l'obligation qui naît pour lui est précisée et déterminée par la convention à laquelle il a consenti ; au contraire, l'obligation du mari de la femme commerçante est toujours générale et indéfinie comme son autorisation même. A des cas distincts peuvent être appropriées des solutions distinctes.

Bien plus, en autorisant le mari à se soustraire à l'obligation générale et indéfinie qu'il encourt en habilitant

la femme à exercer la profession de commerçante, on se rencontrerait avec d'autres décisions du Code. Il nous offre des exemples de personnes débitrices, qui sous certaines conditions, peuvent échapper à l'exécution intégrale d'obligations qui pèsent sur elles. Ainsi la femme n'est tenue des dettes de communauté que jusqu'à concurrence de son émolument, si bon et fidèle inventaire a été dressé (art. 1483, C. civ.). De même l'associé commanditaire ne répond des dettes sociales que dans la mesure de son apport (art. 26, C. com.). On ne pourrait guère citer que l'associé non administrateur d'une société en nom collectif, dont la situation se rapprocherait de celle du mari de la femme commerçante, commune en biens (art. 22, C. com.). Et encore il faudrait remarquer que sans administrer, l'associé est mêlé d'une façon active aux opérations de la société, qu'il est bien mieux que le mari au courant de la marche des affaires, et surtout qu'au point de vue juridique, l'associé est à bon droit responsable des engagements pris par l'associé gérant ; or nous avons repoussé l'opinion qui considère le mari comme le mandant de sa femme.

A vrai dire, la situation du mari de la femme commerçante est toute exceptionnelle et veut être réglée par une disposition particulière. Lorsque le législateur désirera accorder au mari la liberté de limiter à son égard et à l'égard de la communauté les effets des actes de la femme marchande publique, deux partis s'offriront à lui. D'une part, laissant subsister le système actuel en

l'absence d'indication de volonté contraire du mari, il pourra décider que le mari jouira de la faculté de soustraire ses biens propres seulement aux poursuites des créanciers commerciaux de la femme et cela par une déclaration expresse. Si, comme nous, il ne juge pas cette mesure assez large, il pourra concéder au mari le droit d'étendre cette réserve expresse aux biens communs. D'autre part, admettant que la volonté probable du mari est de rester étranger aux opérations commerciales de la femme, il pourra décider que les biens communs et les propres du mari ne seront pas grevés du paiement des dettes du commerce de la femme, si le mari ne les y affecte pas par une déclaration expresse.

Ces deux solutions diffèrent par le mode d'interprétation du silence du mari sur la mesure dans laquelle il consent à s'obliger, lorsqu'il autorise sa femme à devenir marchande publique. Dans la première, son silence lui profite; dans la seconde, il lui nuit. Enfin, dans l'une et l'autre solution, le mari a la liberté de graduer son obligation en compromettant tantôt les biens communs seulement, tantôt les biens communs et ses propres tout ensemble.

En choisissant entre elles, le législateur n'adopterait pas une théorie non éprouvée par la pratique. Les législations étrangères ont, en effet, devancé la nôtre dans la voie que nous indiquons. Les plus prudentes n'ont accordé au mari de la femme commerçante que la liberté de préserver ses biens propres. Déjà le Code de com-

merce brésilien, du 25 juin 1850, postérieurement modifié, permettait une mesure de précaution au futur époux d'une femme commerçante ; celui-ci sauvegarde ses biens propres, en en faisant faire, dans les quinze jours du mariage, mention dans le registre du commerce. Plus large, le Code de commerce espagnol, promulgué le 25 août 1885 et mis en vigueur le 1^{er} janvier 1886, étend cette faculté au mari de la femme commerçante, que celle-ci exerce la profession au moment du mariage ou l'entreprenne plus tard. Il est écrit dans l'article 10 que « les biens propres du mari *peuvent* aussi être aliénés et hypothéqués par la femme, lorsque le mari a étendu à ces biens son autorisation », disposition de laquelle il résulte que c'est seulement dans le cas où le mari s'est abstenu d'une déclaration à cet effet, que les époux sont tenus solidairement sur tous les biens qu'ils ont dans la communauté de la gestion commerciale de la femme. Dans une autre forme, la loi norvégienne donnera sans doute bientôt même satisfaction au mari de la femme commerçante. Une proposition, émanant du gouvernement, lui fournirait le moyen « de se débarrasser de sa responsabilité personnelle des dettes créées par les affaires de la femme, en faisant une déclaration au registre des raisons sociales (1) ».

Cette ressource est offerte au mari par les dispositions du nouveau Code civil allemand du 18 août 1896. Le

(1) Déclaration de M. Margenstierne, citée par P. Franck, *Les salaires de la famille ouvrière*, p. 39.

législateur de ce pays, bien qu'il n'ait pas clairement exprimé sa volonté sur ce point, paraît autoriser la femme à exercer un commerce ou une industrie, nonobstant l'opposition ou le retrait d'autorisation du mari, inscrits au registre du commerce (art. 7, C. com. et 1356, 1357, 1405, alin. 3, C. civ.). Mais il a voulu que, dans cette hypothèse, les biens personnels du mari et les biens sur lesquels celui-ci a des droits ou de copropriété ou d'administration et de jouissance, soient à l'abri de toutes poursuites de la part des créanciers commerciaux de la femme (art. 1412, 1414, 1460, 1462, 1532, 1533, 1549, C. civ.).

D'autres législations avaient déjà étendu la faculté accordée au mari de détacher ses biens personnels du gage des créanciers commerciaux de sa femme, et lui avaient permis pareille mesure à l'égard des biens communs. Le Code de commerce mexicain, promulgué le 15 septembre 1889 et mis en vigueur le 1^{er} janvier 1890, décide en l'article 9, que la femme commerçante autorisée ne peut grever les immeubles de son mari ni ceux qui appartiennent à la communauté ou société conjugale, à moins que le mari ne lui en ait expressément accordé le droit dans l'acte d'autorisation de faire le commerce. L'article 20 du Code de commerce de la Confédération argentine, promulgué le 9 octobre 1889 et mis en vigueur le 1^{er} mai 1890, renferme une disposition analogue. La réforme la plus complète a été effectuée par le Code de commerce chilien, promulgué le 23 novem-

bre 1865 et mis en vigueur le 1^{er} janvier 1867. L'article 15 est ainsi conçu : « La femme qui fait le commerce avec l'autorisation expresse ou tacite du mari oblige à la responsabilité de ses actes les biens de son mari, les biens de la société conjugale et ses biens propres de quelque nature qu'ils soient. Si elle fait le commerce avec l'autorisation expresse du mari, l'acte d'autorisation peut limiter la responsabilité et le mari peut en exclure ses biens propres et ceux de la société conjugale (1). »

Cette formule contient une très heureuse expression de la liberté reconnue au mari de s'engager, comme bon lui semble, au profit du crédit commercial de la femme. Sans marquer notre préférence pour un système où l'intervention du mari serait réclamée pour étendre et non pour restreindre les conséquences de son autorisation, système qui protégeant mieux le mari, justifierait dans certains cas la liberté d'action de la femme sous le contrôle de la justice, il nous suffit de constater que la légitimité de notre vœu à l'égard du mari de la femme commerçante est reconnue par des autorités législatives. Cette constatation consacre, en effet, notre critique de cette opinion par la coobligation personnelle du mari et même celle de la communauté aux engagements commerciaux de la femme ne sont pas pour celle-ci les conditions nécessaires de l'exercice d'un négoce. De nos jours, la dissimulation des valeurs mobilières est trop

(1) *Code de commerce chilien*, traduit par H. Prudhomme.

aisée pour que la coobligation illimitée du mari vis-à-vis des créanciers commerciaux de la femme leur soit une garantie indispensable. C'est par d'autres considérations qu'ils accordent ou refusent leur confiance à une femme mariée commerçante.

Si l'on nous reconnaît cause gagnée sur ce point, on nous représentera que dégrever le mari, et, à sa volonté, la communauté de la charge de payer les dettes commerciales de la femme, c'est ajouter aux avantages déjà si considérables du mari commun. Contrairement à toute équité il acquerrait, dans l'hypothèse, la moitié des bénéfices commerciaux de la femme sans avoir jamais à souffrir des pertes. Il aurait tout à gagner et rien à perdre en donnant à sa femme l'autorisation de devenir marchande publique.

C'est en prévision de cette objection, que nous avons marqué dès le début de ce chapitre qu'un changement à la disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, qui est l'objet de cette étude, entraînerait *ipso facto* une modification corrélative du droit de la femme commune sur ses gains commerciaux. En l'état actuel, les bénéfices commerciaux de la femme sont des acquêts de communauté dont le mari a l'administration et la jouissance avec celle des autres biens communs. Le progrès des idées répugne à cette assimilation des produits du travail de la femme avec les autres genres d'acquisitions qui lui peuvent advenir. « Nous n'admettons pas, dit M. Alauzet, qu'en aucun cas la

femme doive à son mari son travail et son industrie ; ses devoirs envers lui sont tout autres et d'un ordre différent ; c'est le mari au contraire qui doit la protéger, la soutenir de son travail et non profiter du sien (1). » Et, en effet, pour des raisons de convenance morale aussi bien que pour des motifs d'intérêt social, ce classement particulier des biens gagnés par le travail, l'industrie, ou les talents de la femme mariée, prédomine aujourd'hui.

Le reconnaître a été l'occasion de nombreuses manifestations législatives à l'étranger. En l'adoptant dans la loi du 9 août 1870, amendée par la loi du 30 juillet 1874, le Parlement anglais fit le premier pas vers le nouveau régime légal du mariage qu'il a consacré par la loi du 18 août 1882, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1883. Avant d'émanciper la femme mariée de toute autorité maritale, il lui avait accordé le droit de disposer librement de certains biens et notamment du produit de son travail.

L'Italie avait précédé l'Angleterre dans cette réforme en adoptant, en 1865, la séparation de biens comme régime légal du mariage et en étendant les droits de la femme dotale sur ses paraphernaux. D'après l'article 1427 du Code civil de ce pays « la femme conserve la propriété, l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux », c'est-à-dire qu'elle jouit de la « libre

(1) *Droit commercial*, t. I, n° 74, p. 87.

disposition et de la propriété séparée de tout ce qu'elle peut acquérir par son travail et son industrie personnels » (1). Ce double exemple a été suivi par les colonies anglo-saxonnes de la Nouvelle-Galles du Sud, de Victoria, de la Nouvelle-Zélande et du Canada. Dans ce dernier État a été rendue une loi dont la teneur est intéressante par sa généralité : « Tous les gages et gains personnels d'une femme mariée et toutes les acquisitions qui en proviendront et tous les produits ou profits qu'elle retirera de tout gage ou négoce qu'elle exercera indépendamment de son mari ou que lui procureront ses talents ou connaissances dans la littérature, les arts et les sciences, ainsi que tous les placements de fonds qu'elle fera avec ses gages, salaires ou deniers, ou toutes les propriétés qu'elle acquerra seront à couvert des dettes ou dispositions du mari, et ils appartiendront à cette femme mariée, qui en jouira et disposera sans le consentement de son mari et aussi librement que si elle était une femme non mariée (2). » Quarante États et territoires des États-Unis ont encore préféré comme régime légal la séparation de biens.

Enfin le nouveau Code civil allemand, promulgué le 18 août 1896 et exécutoire à partir du 1^{er} janvier 1900, a rejeté comme régime légal, celui de la communauté, même réduite aux acquêts. Il a adopté un régime où se mélangent la séparation de biens et le régime sans com-

(1) P. Franck, *Les salaires de la famille ouvrière*, p. 54.

(2) Cité par P. Franck, *eodem loco*, p. 61.

munauté ; en conséquence, il a résolu en faveur de la femme la question du droit de celle-ci au produit de son travail. Ce régime consiste dans une communauté d'administration (*Verwaltungs gemeinschaft*) où le mari a la jouissance et l'administration des biens appartenant à la femme au jour du mariage (apports en mariage, *ehegut*), et ceux acquis postérieurement (art. 1363, C. civ.) (1). Mais des dispositions spéciales réservent à la femme des biens propres, dits « réservés » (*vorbehaltsgut*) dont elle a l'administration et la jouissance, et lui concèdent à ce titre les gains réalisés par son travail ou l'exercice soit d'une profession, soit d'une industrie. Rapprochons les articles 1365 et 1367 de ce Code ; on y lit que : « l'administration et la jouissance du mari ne s'étend pas aux biens réservés de la femme » et que « ce que la femme gagne par son travail ou par l'exercice personnel d'une industrie fait aussi partie des biens réservés » (2). Les principaux éléments de ce régime ont été empruntés au Code saxon et au Droit provincial de la Marche de Brandebourg.

Ce résumé partiel du droit étranger tend seulement à faire ressortir le développement universel de la théorie qui préconise l'autonomie pécuniaire de la femme mariée. Il ne peut, en effet, servir d'argument pour conclure à une réforme du droit français sur ce point. Car dans

(1) *Code civil allemand*, trad. par R. de la Grasserie, coll. Pedone, Paris, 1897.

(2) *Idem*.

les législations, dont nous venons de parler, la situation plus ou moins indépendante de la femme mariée à l'égard de ses gains commerciaux est en harmonie avec l'économie générale du système légal, qui régit la totalité de son patrimoine.

Par contre, le droit des femmes mariées à la libre disposition des produits de leur industrie personnelle a été légalement sanctionné dans des pays de communauté. Il en est ainsi dans tous les pays scandinaves ; en Suède, depuis la loi du 11 décembre 1874, en Norvège, depuis la loi du 29 juin 1888 et dans le grand duché de Finlande, depuis la loi du 15 avril 1889. Dans un esprit général ces lois décident que la femme mariée sous quelque régime que ce soit, alors même qu'il y a communauté « et que par suite les produits de son industrie personnelle sont biens communs, a le droit de disposer exclusivement de tout ce qu'elle gagne par cette industrie, ainsi que de toutes acquisitions qui sont prouvées provenir de ces gains. Ces biens sont soustraits, du vivant de la femme, à l'exécution des dettes contractées par le mari sans son consentement exprès » (1). Plus récemment enfin, le 7 novembre 1894, il a été promulgué, dans le canton de Genève, une loi qui concède à la femme mariée commune « sur le produit de son travail personnel pendant le mariage et sur les acquisitions provenant de ses gains,

(1) Loi norvégienne, art. 31. *Annuaire de législation étrangère*, 1889, p. 762.

les mêmes droits que la femme séparée de biens (art. 1449, C. civ.) (1).

Cette loi genevoise démontre d'une façon péremptoire que tout en prenant le plus grand souci de l'existence du régime de communauté, il est permis d'envisager une dissociation partielle des droits et des charges des époux à l'égard de certains biens, de nature particulière. On ne peut plus aujourd'hui opposer à toute tentative en ce sens que c'est détruire la communauté que de faire échapper certains biens aux pouvoirs d'administration et de disposition du mari, parce que c'est concevoir l'idée contradictoire en elle-même d'une communauté où les intérêts seraient autant séparés qu'unis. Écoutons le regretté maître, M. Bufnoir, juger cette objection : « On ne saurait *a priori*, dit-il, déclarer inacceptable cette innovation. Qu'elle soit en contradiction avec les idées traditionnellement reçues en France et consacrées par le Code civil, cela n'est pas douteux ; mais il n'est pas démontré qu'elle soit en contradiction avec l'essence même de la communauté et qu'elle soit pour elle une cause nécessaire de ruine. Diverses législations n'ont pas craint d'associer la femme aux actes les plus importants accomplis par le mari comme chef de la communauté. En France même, si on consulte la pratique plus que les textes mêmes de la loi, on reconnaîtra qu'en fait, le concours de la femme aux actes qui

(1) Loi genevoise, art. 1. *Bulletin de législation comparée*, 1896, p. 173.

rentrent dans les pouvoirs du mari est, pour des motifs divers, entré dans les habitudes courantes. Pour ne prendre qu'un exemple, l'existence de l'hypothèque légale de la femme ne rend-elle pas pratiquement son intervention personnelle indispensable dans l'aliénation des immeubles communs, comme aussi d'ailleurs des immeubles propres du mari?... En tout cas, je le répète, au point de vue juridique, la concession protectrice faite à la femme peut s'adapter à la communauté sans en pervertir l'économie (1). »

En effet, les lois scandinaves pas plus que la loi genevoise ne modifient à vrai dire la composition de la communauté : elles ne greffent pas un régime de séparation de biens sur le régime de communauté ; elles apportent seulement une dérogation aux droits du mari comme chef de la communauté. La loi genevoise pourtant est plus audacieuse que les lois scandinaves, car elle accorde à la femme la faculté de conserver la propriété de ses gains commerciaux lorsqu'elle renonce à la communauté. M. Bufnoir préfère à la législation norvégienne « cette combinaison ingénieuse qui assure définitivement à la femme le pécule qu'elle s'était constitué lorsqu'elle renonce à la communauté, en lui laissant, si elle le préfère, le droit au partage de la communauté dans des conditions équitables ». Or, elle montre bien mieux la nécessité d'une réforme corrélative de la co-

(1) C. Bufnoir, Communication sur la loi genevoise du 7 novembre 1894, *Bulletin de législation comparée*, février 1896, p. 172.

obligation forcée de la communauté et du mari aux dettes commerciales de la femme. Dans l'hypothèse où la femme renoncerait à la communauté, le mari serait exposé à payer les dettes de sa femme commerçante, tandis que celle-ci profiterait seule des bénéfices qu'elle aurait réalisés. Il semble qu'en faisant jouer ensemble la réforme qui donnera à la femme un droit personnel sur les produits de son travail, et celle qui rendra au mari la liberté de graduer l'obligation résultant pour lui de l'autorisation en vertu de laquelle sa femme est marchande publique, on évitera de blesser ainsi l'équité.

Étant admis, d'une part, qu'en tout état de cause la femme a droit à l'administration et à la jouissance de ses gains commerciaux et que, d'autre part, le mari peut soustraire ou non à toute coobligation les biens communs et ses biens propres, quelles sont les diverses situations qui se présenteront? D'abord, la volonté du mari ayant été expressément ou tacitement exprimée, il est possible que les créanciers commerciaux de la femme aient recours contre celle-ci, contre la communauté et contre le mari. Pendant le mariage, le mari ne peut se plaindre d'exécuter les engagements de sa femme, tant au moyen des biens communs que de ses biens personnels, puisqu'il souffre seulement les effets d'une obligation qu'il a consentie. A la dissolution du mariage, ou la femme sera astreinte au rapport de ses gains commerciaux à la communauté, ou elle aura le droit de se les approprier par sa renonciation à la communauté. Dans

le premier cas, le partage égalisera entre les époux la part des profits et des pertes, ou la renonciation de la femme fera tomber les uns et les autres dans le patrimoine du mari. Au second cas, il conviendrait que le mari ait comme toute caution un recours contre la femme pour les dettes commerciales qu'il aurait réglées.

Supposons maintenant que le mari ait réservé ses biens propres, que les biens personnels de la femme et les biens communs répondent seuls des engagements commerciaux de celle-ci. Pour les mêmes motifs les mêmes solutions pourraient être appliquées.

Enfin dernière hypothèse possible, tout en autorisant sa femme à devenir marchande publique, le mari a pris toutes mesures pour rester étranger à son négoce et protéger avec lui-même la communauté. L'indépendance commerciale de la femme commune se rapproche de celle dont jouit la femme séparée de biens. Il est donc logique que le mari soit pendant le mariage, soit même à la dissolution, n'élève aucune prétention sur les gains commerciaux de la femme. On se heurte cependant à des objections que soulèvent l'équité et le droit.

Si la femme commune commerçante acquiert tout ensemble la propriété, l'administration et la jouissance de ses gains commerciaux, on incline de son côté toute la faveur de la loi : elle partagera les bénéfices réalisés par les opérations commerciales du mari, sans admettre celui-ci au partage des siens, et la conséquence de cet état de choses sera d'inciter les maris à exclure de la

communauté leurs gains commerciaux, généralement supérieurs à ceux de la femme, en sorte que souvent une mesure prétendue protectrice pour la femme se tournera contre son intérêt véritable : on aboutit donc à une injustice à l'égard du mari ou à un préjudice probable pour la femme. Le premier résultat n'est pas exactement qualifié, car on ne peut permettre au mari de critiquer le sort qu'il se fait lui-même : s'il escompte les gains commerciaux de sa femme qu'il engage la communauté et lui-même au besoin. Le second résultat serait à redouter si l'hypothèse dans laquelle nous raisonnons devait constituer le droit commun pour la femme commerçante, et qu'elle ne pût y déroger. Or elle n'est, dans le système que nous esquissons, qu'une situation exceptionnelle, créée par la volonté du mari et non de la femme, pendant le mariage ; si le mari voulait recourir à cette sorte de représaille qu'on craint, il devrait prendre ses précautions avant le mariage, c'est-à-dire faire dresser un contrat ; or le régime légal est celui des personnes qui se marient sans contrat.

En droit, la critique serait en apparence mieux fondée. Elle ferait remarquer qu'en outre de la dérogation aux pouvoirs du mari comme chef de la communauté, on se trouverait ici en présence d'une modification à la composition de la communauté. Elle ajouterait que cette seconde dérogation aux principes entraînerait ou plutôt en contiendrait une troisième beaucoup plus grave : cette modification, en effet, impliquerait un

changement dans les conventions matrimoniales au cours du mariage par la volonté d'un seul des époux. Ce serait la séparation de biens introduite dans le régime de communauté au cours du mariage et au profit du mari.

Nous répondrons que la composition de la communauté est arbitrairement déterminée par la loi et que le législateur peut y ajouter ou en retrancher sans atteindre l'essence de ce régime. Nous dirons encore que si par l'exercice d'un droit qui lui serait reconnu par la loi, le mari faisait sortir de la communauté une certaine espèce de biens, de ce fait il ne se produirait pas à proprement parler une infraction au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales. Que se passerait-il en réalité? Le régime matrimonial adopté ne recevrait en lui-même aucun changement, mais de tel ou tel effet que son application pourrait produire, celui-ci au lieu de cet autre se réaliserait; le mari n'acquerrait au cours du mariage aucun droit nouveau, il mettrait en œuvre un droit qui lui serait acquis dès la célébration du mariage, celui d'exclure de la communauté les gains commerciaux de la femme en l'autorisant à devenir marchande publique sous réserve de toute atteinte aux biens communs et à ses propres. Dès le jour du mariage, tous les intéressés auraient pu prévoir cette éventualité. En présence de cette distinction, est-il exact de soutenir que le régime de séparation de biens se superposerait ici au régime de communauté; n'y aurait-il pas plutôt en ce

cas reconnaissance par le mari d'un propre constitué conditionnellement par la loi au profit de la femme ?

Après cet essai de réfutation des critiques, essayons-nous d'insister sur ce point que nous n'avons pas eu la prétention de bâtir un système, de composer un projet de loi, notre but, placé beaucoup moins haut, fut tout autre : nous avons cherché seulement à établir un tableau de concordance entre les droits et les charges du mari et de la femme communs en biens, à l'égard des bénéfices commerciaux de celle-ci, dans une théorie qui, serrant de plus près le principe de la corrélation de l'actif et du passif, concilierait une certaine indépendance pécuniaire de la femme avec une plus libre action de l'autorité maritale.

Bien d'autres solutions de ce problème peuvent, en effet, être proposées. Outre celles à qui nous avons surtout emprunté, il y a lieu de citer encore le parti préféré par le législateur italien. Dans le Code de commerce de ce pays promulgué le 31 octobre 1882, et mis en vigueur le 1^{er} janvier 1883, il est décidé sous l'article 14 que « si les époux sont mariés sous le régime de la communauté établi conformément aux dispositions du Code civil, la femme oblige son mari dans les limites des bénéfices de la communauté (1) ». En Allemagne, avant que la législation fût unifiée, de la généralité des décisions locales se dégageait nettement une opposition à l'extension sur

(1) *Code de commerce italien* traduit par E. Turrel.

les propres du mari du gage des créanciers commerciaux de la femme : « Le mari, avait-on dit dans les conférences préparatoires du nouveau Code, n'est pas personnellement obligé, aucune action n'est donnée contre lui, les biens communs répondent plutôt comme objet d'exécution (1). » En conformité avec ce point de vue, le nouveau Code civil allemand n'accorde aux créanciers commerciaux de la femme, mariée sous le régime légal, aucun droit de poursuite sur les biens personnels du mari. Celui-ci supporte cependant les effets des engagements commerciaux de sa femme, en tant qu'ils sont exécutés sur les biens de la femme composant les « apports » (art. 1414, C. civ.) (2) et qu'ainsi est compromis, pour partie, son droit de jouissance sur ces biens. Mais celui-ci n'est pas définitivement perdu pour le mari ; le paiement des dettes provenant du commerce de la femme au moyen des biens apportés ne lui est imposé qu'à l'égard des tiers ; cette charge ne lui incombe pas à l'égard de la femme. Au cours même du mariage, il peut obliger la femme à combler le vide produit dans le patrimoine des biens apportés, si elle a, dans ses biens réservés, les ressources nécessaires. Les biens apportés et les biens réservés forment deux patrimoines distincts et les premiers ne répondent pas des dettes du second, du moins *inter conjuges*. Or le commerce de la femme est pour

(1) Cité par Thaller, De la faillite des différents commerçants, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1882.

(2) *Code civil allemand*, trad. R. de la Grasserie, collection Pedone.

elle un bien réservé ; la femme doit donc fournir récompense aux biens apportés jusqu'à concurrence du montant des dettes commerciales au paiement desquelles ces derniers ont été employés par le mari (art. 1415, alin. 2, et 1417, C. civ.) (1).

La situation est un peu différente lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté universelle : il y faut distinguer si le fonds de commerce de la femme et les marchandises qui le composent représentent des biens communs ou des biens réservés (articles 1438, 1440, C. civ.) (2). Dans le premier cas, les rapports des créanciers commerciaux de la femme avec la communauté et le mari sont régis par des règles analogues à celles appliquées dans notre droit : ces créanciers peuvent, *durante matrimonio*, poursuivre le paiement de leur créance tant sur les biens communs que sur les biens personnels du mari (art. 1459, C. civ.) (3), ce dernier a droit à récompense contre la communauté pour ce qu'il aurait payé de ses deniers (art. 1467, C. civ.) (4). Dans le second cas, le mari est encore tenu des dettes commerciales de sa femme sur ses biens propres, mais aussi bien pour les sommes payées de ses biens réservés que des biens communs, il a droit à récompense et si la femme possède des biens réservés suffisants, il peut se faire rembourser sans attendre la dis-

(1) *Code civil allemand*, trad. R. de la Grasserie.

(2) *Id.*

(3-4) *Id.*

solution du mariage (art. 1463, alin. 2, et 1467, C. civ.) (1). Il est donc certain que le mouvement législatif moderne est contraire à la coobligation générale et indéfinie du mari aux engagements commerciaux de la femme.

En pratique, il conduit à une délimitation nouvelle du droit d'action des créanciers respectifs de la femme et du mari. Leur concours, soit sur l'actif commercial de la femme, soit sur les propres du mari, manque de raison dans la mesure où les intérêts commerciaux de la femme sont séparés des intérêts personnels du mari. En conséquence, le gage des créanciers commerciaux de la femme devient variable : il peut ne comprendre que la nue propriété de son actif commercial ou s'étendre à la fois sur ces biens, sur les biens communs et même sur les biens propres du mari. Par réciprocité, les créanciers personnels du mari se voient exclus du patrimoine commercial de la femme, à moins que celle-ci ne soit personnellement engagée envers eux. Dans cette combinaison nouvelle, les créanciers du mari paraissent moins bien traités que les créanciers commerciaux de la femme. Il arrivera, en effet, que ces derniers se présenteront pour leur part sur les biens communs et sur les biens propres du mari, alors que les créanciers de celui-ci seront repoussés de l'actif commercial de la femme. A vrai dire, ils ne souffriraient pas ici une in-

(1) *Code civil allemand*, trad. R. de la Grasserie.

justice, car c'est le sort de tout créancier de voir son gage diminué par les autres obligations que son débiteur a contractées. Le mari commun qui, autorisant sa femme à devenir marchande publique, engagera la communauté et lui-même, ne causera pas plus de tort à ses créanciers que le mari séparé de biens qui cautionnerait sa femme commerçante.

Les législations étrangères qui ont déjà modifié le droit de la femme sur les produits de son travail n'ont pas craint de sanctionner cette mesure défavorable aux créanciers du mari. Dans la loi danoise du 7 mai 1880 sur la capacité des femmes mariées de disposer du produit de leur industrie personnelle, on lit : « Les dettes du mari ne peuvent être exécutées sur ces biens, pendant la vie de la femme, à moins que celle-ci n'ait consenti à l'obligation » (1). A son exemple, la loi norvégienne du 29 juin 1888 sur le régime des biens entre époux porte : « Les biens (produits de l'industrie personnelle de la femme) sont soustraits du vivant de la femme à l'extinction des dettes contractées par le mari, sans son consentement exprès » (2). La loi genevoise décidant dans le même sens, fait toutefois une distinction dans son article 2, ainsi conçu : « La femme qui, par son travail, aura acquis des biens personnels, répondra sur ces biens des dettes contractées par elle sans l'autorisation de son mari. Elle devra également contri-

(1) *Annuaire de législation comparée*, année 1881, p. 533.

(2) *Id.*, 1889, p. 762.

buer proportionnellement à ses facultés et à celles de son mari, aux frais du ménage commun, à l'entretien et à l'éducation des enfants. Toutefois, les biens personnels à la femme ne répondront de ces dernières dettes qu'à défaut de biens appartenant au mari ou à la communauté. Ils ne répondront pas des autres dettes contractées par le mari » (1).

Le législateur allemand a de même tranché la question des droits des créanciers du mari sur l'actif commercial de la femme, en faveur de celle-ci, non seulement sous le régime légal où la solution s'imposait, mais encore sous le régime de communauté universelle dans le cas où le commerce de la femme est pour elle bien « réservé ». L'article 1441 du Code civil porte qu'« il faut appliquer aux biens réservés de la femme les dispositions relatives à ceux de la femme séparée de biens », formule de laquelle il résulte que l'actif commercial « réservé » de la femme commune, marchande publique, même lorsqu'elle est autorisée de son mari, est hors des atteintes des créanciers de celui-ci.

Rappelons en outre que déjà dans notre droit actuel, cette théorie a eu pour partisans des jurisconsultes éminents, qui la soutenaient au nom de l'équité et de la justice ; on ne pourrait que se rallier à eux, si le législateur créait le texte nécessaire pour établir au profit des

(1) Louis Bridel, *Le droit de la femme mariée sur le produit de son travail*, Genève, 1893.

créanciers commerciaux de la femme le privilège qu'ils préconisent.

Toutefois on peut craindre encore qu'en multipliant dans le patrimoine commun des époux les groupements de biens affectés, ceux-ci à tels créanciers, ceux-là à tels autres créanciers, des difficultés pratiques surgissent dont les tiers seraient les victimes. Comment se reconnaîtront-ils dans ce dédale formé par tant de catégories de biens ? Que d'hésitations avant de pratiquer la saisie ? Que de procès sur la validité de ces procédures ? Quelle facilité pour des époux peu scrupuleux de déclasser en quelque sorte les biens pour les soustraire aux créanciers dont ils sont le gage ! Le législateur de 1807 n'avait-il pas examiné cette situation de fait et n'a-t-il pas statué surtout dans le dessein d'éviter des complications, sources de conflits ? Il faut reconnaître avec franchise que les rapports des créanciers respectifs des époux avec leur débiteur deviendront plus délicats lorsque leur droit de poursuite ne pourra s'exercer que sur des biens déterminés. Mais il faut dire aussi qu'à tous les points de vue les rapports individuels se compliquent dans la vie moderne : la simplicité ne semble pas être un caractère de la perfection pour les choses humaines, soit qu'elles touchent à la matière, soit qu'elles relèvent de l'esprit : pour une œuvre meilleure, il faut une machine dont les rouages soient plus nombreux, mieux coordonnés. Plus le législateur voudra se rapprocher de cet idéal de justice qui, distribuant à

chacun tout son droit, reste égale pour tous, plus il devra réglementer les droits particuliers et leur exercice.

Dans le cas qui nous occupe, les créanciers d'une femme mariée commerçante, qui serait autorisée de justice, hypothèse possible en l'état de la jurisprudence, ne seraient-ils pas astreints à ce départ entre les biens provenant du commerce de la femme et les autres biens soit communs, soit propres au mari? N'en serait-il pas de même encore, pour le créancier qui aurait consenti une renonciation expresse à son droit de poursuite sur les biens communs et sur les biens personnels du mari? D'autre part, les créanciers du mari ne sont-ils pas aussi obligés à des distinctions si, par exemple, la femme commune a réalisé son actif commercial par une clause de son contrat de mariage. Enfin, une difficulté de même nature, quoique moins grande, ne se présente-t-elle pas aux créanciers de la femme et du mari séparés de biens ou mariés sous le régime dotal?

On la diminue ou on l'écarte au moyen d'inventaires et de formalités de publicité. Un système convenable serait donc à imaginer pour le cas spécial de la femme commerçante autorisée à faire le commerce, pour ainsi dire, à ses risques et périls. Déjà par le secours des articles 65 et suivants du Code de commerce, les cocontractants de la femme mariée commerçante sont renseignés sur le mode de ses conventions matrimoniales. La loi générale du 10 juillet 1850 est venue assurer d'une ma-

nière plus efficace la publicité du contrat de mariage. La publicité de l'acte d'autorisation maritale avertirait les tiers de toute restriction ou extension de leur droit de poursuite, tel qu'il serait fixé par le droit commun. Un inventaire des biens du mari ou des biens de la femme au temps de l'entreprise du commerce par la femme, fournirait des données certaines sur la composition et la valeur du gage offert aux futurs créanciers de celle-ci : il servirait encore de base à une estimation approximativement exacte des augmentations ou des diminutions apportées à ce gage par les opérations commerciales effectuées. Ces résultats seraient d'ailleurs contrôlables par l'examen des livres de commerce. Enfin, ils pourraient être précisés par la révélation des principaux actes concernant le patrimoine de la femme commerçante (1), dont les tiers prendraient connaissance en consultant le registre du commerce, innovation qui a déjà été réclamée en France par des voies autorisées (2). Un pareil ensemble de mesures raffermirait sans doute la sécurité des tiers. Le législateur n'aura pas de peine à mieux grouper dans ce but ces indications tirées des législations étrangères les plus récemment adaptées aux exigences du commerce moderne.

En définitive, aucune impossibilité pratique ne ruine

(1) *Vide : Code espagnol*, 1885, articles 21 et s., trad. Prudhomme. — Cf. *Code civil allemand*, liv. IV, section III, *Du registre matrimonial*, trad. R. de la Grasserie.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Tr. de droit commercial*, t. 1, n° 194 bis.

la thèse dont nous avons discuté victorieusement, croyons-nous, les conditions théoriques. En fait et en droit, il est possible de concevoir que le mari, commun en biens, ait liberté de limiter ou même de supprimer sa coobligation et celle de la communauté aux engagements commerciaux de sa femme. Bientôt, il sera nécessaire que le législateur, s'il désire rester conséquent avec lui-même, concède ce droit au mari. Nous avons montré l'étroite corrélation qui attache l'une à l'autre cette réforme des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce à celle que donnera à la femme la libre administration et disposition des produits de son travail. Or la préoccupation d'assurer à la femme dans le mariage une plus grande indépendance pour ses intérêts pécuniaires a déjà ému l'esprit du législateur. Par la loi du 9 avril 1881, il a autorisé « les femmes mariées, quel que soit le régime de leur contrat de mariage à se faire ouvrir des livrets de caisse d'épargne, sans l'assistance de leur mari et à retirer, sans cette assistance, les sommes inscrites aux livrets ainsi ouverts ». Par la disposition de l'article 13, alinéas 4 et 5 de la loi du 20 juillet 1886 sur la Caisse nationale des retraites pour la vieillesse, il a apporté dans un esprit de faveur pour la femme, « admise à faire des versements sans l'assistance de son mari », des dérogations graves aux principes qui régissent la communauté, en décidant que « le versement fait pendant le mariage par l'un des conjoints, profite séparément à chacun d'eux pour moitié ». Mais

il a été sollicité davantage et il a été plus loin. M. Henri Pascaud, dans un mémoire lu au Congrès des sociétés savantes à Paris le 13 juin 1899, a proposé que les salaires et les profits de la femme mariée fussent assimilés, pour un quantum de moitié à des propres mobiliers dont la femme aurait la libre disposition (1). Le Congrès des œuvres et institutions féminines, tenu à Paris le 13 juillet 1889 a approuvé une résolution en ce sens : « la femme mariée dispose librement du fruit de son travail, quel que soit le régime matrimonial auquel elle est soumise » (2). Vers la même époque, MM. Jalabert et Glasson formulèrent un projet de loi qui se présente sous les auspices de la « Ligue française pour le relèvement de la moralité publique » et qui donne à la femme mariée le droit de toucher elle-même, dans certains cas, les produits de son travail et d'en disposer librement. Écoulant ces vœux, la Chambre des députés a voté dans sa séance du 27 février 1896 la loi, qui inspirée de l'œuvre de MM. Jalabert et Glasson, fut déposée sur son bureau par M. Goiraud. Cette loi assure à la femme mariée la libre disposition des fruits de son travail. Son article premier est ainsi conçu : « Quel que soit le régime adopté par les époux, la femme a le droit de recevoir, sans le concours de son mari, les sommes

(1) H. Pascaud, *De la capacité civile de la femme et de l'extension rationnelle qu'elle comporte*, p. 52.

(2) Congrès international des œuvres et institutions féminines, Compte rendu sommaire par M. Louis Magné, 3^e séance, 13 juillet 1889, p. 9.

provenant de son travail personnel et d'en disposer librement... Les biens acquis par la femme avec ses gains personnels appartiennent à la communauté. »

A supposer que cette loi ait reçu la sanction du Sénat, et qu'on interprète ses termes à la lettre, on pourrait soutenir que la femme commerçante y puise le droit de garder par devers elle ses gains commerciaux et d'en disposer à sa guise. On demanderait alors avec raison au législateur si c'est justice de maintenir encore la coobligation du mari aux dettes commerciales de la femme sur ses biens propres ? Mais on nous répondrait que la femme commerçante ne peut exciper de la loi Goiraud qui vise uniquement la femme salariée. Nous le reconnaissons volontiers ; mais nous regrettons cet effet restreint de la loi, car il est peu conforme aux principes démocratiques. M. Cauwès a signalé cette imperfection de la loi. « Ces protections, dit-il, sont sans contredit plus indispensables aux femmes qui appartiennent aux classes ouvrières ; mais elles ne doivent pas être édictées à leur profit exclusif. Il importe de conserver aux lois modernes leur caractère de législation générale, de ne pas créer dans les lois constitutives de l'ordre familial des catégories professionnelles. Seules les sociétés aristocratiques peuvent s'accommoder de lois civiles variant selon la condition sociale des personnes. Nous n'avons en France depuis la Révolution qu'un même droit pour tous (1). »

(1) *De la protection des intérêts économiques de la femme mariée*, p. 231.

La tendance des législations étrangères est plus générale. La loi genevoise, notre éminent maître M. Ch. Lyon-Caen l'a fait remarquer à une séance de la Société de Législation comparée, « statue d'une façon générale et s'applique à toutes les catégories de conjoints ». Si donc le législateur français ne veut pas rester en arrière des législations étrangères auxquelles il a le plus souvent servi de guide éclairé, surtout s'il ne veut pas nous ramener à l'époque des classes et des castes, il devra briser le cadre étroit de la loi Goiraud au profit de toutes les femmes mariées qui sacrifient leurs forces, leur intelligence aux besoins ou à la prospérité du ménage. Mais lorsqu'il accomplira cette œuvre d'émancipation et de protection pour la femme, il comprendra son devoir de parer en même temps à l'injustice dont elle fera souffrir le mari et au danger qu'elle fera courir aux intérêts de la famille. Il comprendra que, permettre au mari de limiter la coobligation de la communauté et la sienne propre à l'égard des créanciers commerciaux de la femme, c'est raffermir en la main du chef de la famille son pouvoir tutélaire. Il comprendra que c'est faciliter au mari la conciliation de deux devoirs moraux : le respect de la liberté de la femme et la garde du patrimoine familial.

Pour nous, nous avons essayé de lui montrer qu'il lui est possible de condamner l'usage intransigeant de l'autorité maritale sans l'énervement et sans affaiblir son pouvoir protecteur ; et si une société démocratique est d'au-

tant plus parfaite qu'elle distribue à chaque individu plus de justice et de liberté, nous avons essayé de montrer que la voie est libre pour un pas en avant vers le progrès.

Vu :

Paris, 26 décembre 1899.

Le Président de la thèse,

CH. LYON-CAEN.

Vu :

Le Doyen,

GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Pages

Influence des modifications dans la condition juridique de la femme mariée, sur les droits et charges du mari sous le régime matrimonial de droit commun. — De l'exclusion de la communauté des produits du travail de la femme : conséquences à l'égard de l'obligation dont la communauté et le mari sont grevés à raison des engagements de la femme commerçante, en vertu des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce. — L'équité impose une réforme des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce. — Plan de cette étude. 1 à 4

CHAPITRE I. — Origine et historique de la disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, qui oblige le mari par les actes de la femme commerçante.

Nécessité d'étendre la capacité des femmes mariées commerçantes. — La question est sans intérêt dans les pays de droit écrit. — La question est résolue en faveur de la femme dans les pays de droit coutumier. — Genèse exotérique de l'article 234 de la Coutume de Paris. — Décisions similaires des autres coutumes. — De la disposition de l'article 234 de la Coutume de Paris qui oblige le mari par les actes de la femme marchande publique : Son origine. Son fondement juridique. Ses effets. — Droit nouveau : Projet de Code de commerce : Séance du Conseil d'Etat du 25 novembre 1806. Discussion et adoption de l'article 5 du Code de commerce. 5 à 15

CHAPITRE II. — Des motifs de la loi. — Ils ne sont pas péremptoires.

Les trois motifs de la loi : l'équité, l'intérêt des tiers, le crédit

de la femme. — Réelle valeur de ces motifs. — Ces motifs ne s'opposent pas à une réforme de l'article 5 du Code de commerce. — L'article 5 du Code de commerce ne respecte pas le motif d'équité, lorsque la femme est autorisée de justice. — En fait les chances de gains et les risques de pertes ne sont pas égaux pour le mari soit à la dissolution de la communauté, soit pendant la communauté. — La critique est spéciale à l'article 5 du Code de commerce et ne porte pas contre l'article 1419 du Code civil. — La loi ne satisfait l'équité ni sous le régime sans communauté, ni sous le régime dotal au cas de constitution en dot de tous les biens présents et à venir. — Protection exagérée des intérêts des tiers. — Le crédit de la femme commerçante ne dépend pas essentiellement de l'obligation du mari à l'égard des créanciers de la femme. — L'obligation maritale peut indirectement nuire au crédit de la femme 16 à 33

CHAPITRE III. — Du fondement juridique. — Son incertitude. — Conséquences.

Utilité de la recherche du fondement juridique de la disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce. — Hésitations de la doctrine à fixer ce fondement juridique : les différents systèmes. Intérêt du débat : le mari est-il commerçant ? — 1^{er} système : Système de l'autorisation-mandat. — Exposé du système de l'autorisation-mandat. — Ses conséquences. — Critique de ce système. — Réfutation. — 2^e système : Système du mari-caution. — Exposé du système. — Ses conséquences. — Critique de ce système. — 3^e système : Le consentement du mari vaut autorisation pour la femme d'obliger la communauté : l'obligation du mari est accessoire de celle de la communauté. — Exposé du système. — Avantages de ce système. — Critique de la base de ce système : la femme peut-elle obliger directement et principalement la communauté ? — L'incertitude du fondement juridique de l'obligation maritale édictée par les articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce milite en faveur d'une réforme 34 à 73

CHAPITRE IV. — Effets à l'égard du mari, de la femme et des tiers de la disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, qui oblige le mari par les actes de la femme commerçante.

PRÉLIMINAIRES. 74 à 76

SECTION I. — Effets à l'égard du mari sous les différents régimes matrimoniaux.

§ 1. — Régimes de communauté.

1^o *Régime de communauté légale.* — Les textes. — Point de vue interprétatif adopté par la jurisprudence. — Le mari est tenu, en vertu de son autorisation tacite, pourvu qu'il n'ait pas ignoré l'entreprise commerciale de sa femme. — Le mari est tenu même s'il est mineur. — Objection. — Le mari n'est pas tenu s'il est pourvu d'un conseil judiciaire. — Critique de cette solution. — Le mari est tenu des billets à ordre souscrits par sa femme, alors même que les opérations qui auraient eu lieu avec le bénéficiaire seraient de nature équivoque. — Le mari est justiciable du tribunal de commerce pour les obligations commerciales de sa femme. — Critique de cette solution. — Le mari ne peut opposer aux tiers les clauses restrictives avec lesquelles il a autorisé sa femme à devenir marchande publique. — Le mari n'est pas tenu des délits et quasi-délits de la femme, commis par elle dans l'exercice de son commerce. — Critique de cette solution. — Inconvénient de la situation du mari. 77 à 89

2^o *Régimes de communauté conventionnelle :*

A. *Communauté réduite aux acquêts.* — La femme entreprend le commerce pendant le mariage : les effets de ses actes à l'égard du mari sont identiques à ceux produits sous le régime de communauté pure et simple. — La femme continue l'exploitation du fonds par elle géré avant le mariage : les avantages du mari sont diminués. . . 90 à 91

B. *Clause de réalisation.* — Elle a, pour le mari de la femme commerçante, les mêmes inconvénients que l'adoption du régime de communauté réduite aux acquêts. — Elle soustrait l'actif commercial de la femme aux poursuites des créanciers du mari 92

C. *Stipulation que la totalité de la communauté appartiendra à l'époux survivant.* — Le mari reste obligé en vertu des règles mêmes de la communauté légale. 93

§ 2. — Régimes exclusifs de communauté.

PRÉLIMINAIRES. 94

1^o *Régime sans communauté.* — Système de la jurisprudence : le mari est tenu des engagements commerciaux

de la femme, parce qu'il perçoit les bénéfices comme fruits. — Critique de ce système. — Essai de conciliation par la théorie qui considère le mari comme tenu seulement, jusqu'à concurrence de ce qu'il a perçu. — Critique de cette solution	95 à 100
2 ^e Régime dotal. — Motifs particuliers qui écartent l'application des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce. — Dissidences dans la doctrine pour le cas où le commerce de la femme est un bien paraphernal. — Les bénéfices commerciaux de la femme sont des fruits. — Critique de cette opinion. — Le mari soumis au régime dotal n'est pas tenu des dettes commerciales de la femme. — Solution contraire de la jurisprudence. 101 à 106	
Intérêt pour le mari d'une réforme de l'article 5 du Code de commerce.	107

SECTION II. — Effets à l'égard de la femme.

L'obligation de la communauté et du mari est inutile à la femme en ce qui concerne son crédit. — <i>Objection</i> : elle permet à la femme d'avoir des fonds libres pour faire le commerce. — Réfutation de l'objection. — L'obligation de la communauté peut être une gêne pour le crédit de la femme. — <i>Objection</i> : elle fonde le crédit de la femme. — Réfutation. — <i>Autre objection</i> : en pratique les créanciers de la femme demandent l'engagement personnel exprès du mari. — Réponse. — <i>Autre objection</i> : la femme peut demander la séparation de biens. — Critique de cette opinion. — Solution de la jurisprudence. — L'obligation du mari nuit à l'intérêt bien entendu de la femme : elle est dans certains cas une entrave à sa liberté. — L'intérêt de la femme ne s'oppose pas à une réforme de l'article 5 du Code de commerce.	108 à 117
---	-----------

SECTION III. — Effets à l'égard des tiers.

Les créanciers du mari peuvent-ils saisir l'actif commercial de la femme ? — Controverse. — Intérêt des créanciers du mari à une modification de l'article 5 du Code de commerce. — Les créanciers commerciaux de la femme sont favorisés par la disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce. — De la protection qui leur est légitimement due. — Elle est possible dans un système différent	
---	--

de celui des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce sur l'obligation de la communauté et du mari aux dettes commerciales de la femme	118 à 130
Résultats de notre examen des effets de la disposition des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce, qui oblige le mari par les actes de la femme commerçante.	131 à 132

CHAPITRE V. — De la possibilité d'une réforme.

Le système du Code sur les effets, à l'égard du mari, des actes de la femme commerçante, était en harmonie avec la théorie générale sur le statut de la femme mariée. — Il n'est plus en rapport avec les idées modernes sur la condition juridique de la femme mariée. — Des trois innovations que nécessiterait une réforme des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce. — 1^{re} *innovation* : Du droit pour le mari de limiter à son propre égard et à l'égard de la communauté les effets des actes de la femme commerçante. — Il ne serait pas incompatible avec les prescriptions des articles 1419 et 1426 du Code civil. — Il serait en harmonie avec d'autres décisions du Code. — Comment ce droit pourrait être réglementé. — Indications fournies par les législations étrangères. — 2^e *innovation* : Réforme des droits de la femme sur les produits de son travail. — Sa corrélation avec la réforme des articles 220 du Code civil et 5 du Code de commerce. — Des législations étrangères qui sanctionnent le droit de la femme mariée aux produits de son travail. — Du règlement possible des droits respectifs du mari et de la femme, communs en biens, sur les bénéfices commerciaux de la femme et de leurs obligations corrélatives, dans l'hypothèse où les deux réformes indiquées seraient réalisées. — *Objection* : le système aboutit à une injustice à l'égard du mari. — Réponse. — *Autre objection* : le système est nuisible aux intérêts de la femme. — Réponse. — Critique du système en droit. — Autres solutions du problème dans les législations étrangères. — 3^e *innovation* : Délimitation nouvelle des droits d'action des créanciers respectifs de la femme et du mari. — Les créanciers commerciaux de la femme auraient sur l'actif commercial de celle-ci un privilège opposable aux créanciers du mari. — Indications en ce sens dans les législations étrangères. — Difficultés pratiques de la réforme. — Moyens de parer à ces difficultés. — Conclusion : Manifestations législatives con-

cernant le droit de la femme aux produits de son travail. —
L'attention du législateur devra se porter sur le vœu de
réforme formulé pour les articles 220 du Code civil et 5 du
Code de commerce, dès qu'il aura résolu définitivement la
question du droit de la femme aux produits de son travail. 133 à 167

Imp. J. THEVENOT, Saint-Dizier (Hte-Marne)
